PRÉCIS
DE
DROIT ROMAIN

PARIS. — IMPRIMERIE ÉMILE MARTINET, RUE MIGNON, 2.

PRÉCIS

DE

DROIT ROMAIN

CONTENANT

AVEC L'EXPOSÉ DES PRINCIPES GÉNÉRAUX

LE TEXTE, LA TRADUCTION ET L'EXPLICATION

DES INSTITUTES DE JUSTINIEN

ET SUIVI

1° D'UNE TABLE GÉNÉRALE DES TEXTES DES INSTITUTES
2° D'UNE TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES
3° D'UNE TABLE DES TEXTES LITTÉRAIRES INDIQUÉS OU EXPLIQUÉS

PAR

C. ACCARIAS

Inspecteur général des Facultés de Droit
Professeur à la Faculté de Droit de Paris

TROISIÈME ÉDITION
Corrigée et augmentée

> Jureconsulti sæpe, quod positum est in una
> cognitione, id in infinita dispertiuntur.
> Cic., *De legibus*, II, 19.

TOME SECOND

PARIS

A. COTILLON ET Cie, ÉDITEURS, LIBRAIRES DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot, 24

1882

PRÉCIS
DE DROIT ROMAIN

DES HÉRÉDITÉS LÉGITIMES.

I. — NOTIONS GÉNÉRALES.

Lib. III, Tit. I, *De hereditatibus quæ ab intestato deferuntur*, pr. — Intestatus decedit qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres exstitit.

Décèdent intestats celui qui n'a pas du tout testé ou qui a fait un testament nul, et celui dont le testament a été rompu, est devenu *irritum*, ou n'a pas donné d'héritier.

417. On peut ramener à cinq catégories les hypothèses dans lesquelles il n'y a pas d'héritier testamentaire : 1° le défunt était incapable de tester (1) ; 2° quoique capable, il n'a pas usé de son droit ; 3° son testament a été nul dès le principe, ou bien, valablement fait, il est ensuite devenu nul *ipso jure* ou a été rescindé comme inofficieux ; 4° malgré la validité originaire et le maintien du testament, l'adition a été rendue impossible soit par une circonstance personnelle à l'institué, qui est mort, a perdu la *factio testamenti* ou n'a pas le *jus capiendi*, soit par une circonstance qui lui est étrangère, par exemple, par la défaillance de la condition qui suspendait sa vocation ; 5° enfin, l'institué s'est volontairement exclu par une répudiation. — Dans tous ces cas, le défunt est intestat ou réputé tel (pr. *sup.* — Paul, IV, 8 § 1) (2) ; et l'hérédité qu'il laisse s'appelle indifféremment hérédité *ab* intestat, à cause des conditions dans lesquelles elle s'ouvre, ou hérédité légitime, parce que la loi elle-même l'attribue directement à des personnes de son choix.

La délation de cette hérédité ne s'opère qu'au moment où il est certain que le défunt n'aura pas d'héritier testamentaire (Inst., § 7, *De hered. quæ ab int. def.*, III, 1. — Inst., § 6, *De legit. adgn.*

(1) Il faut se rappeler que par exception les pupilles et les fous, bien qu'incapables de tester, peuvent avoir un héritier testamentaire, grâce aux substitutions pupillaire et quasi-pupillaire (nos 366 et 371).

(2) Ulpien (L. 1 pr., *De suis et leg.*, XXXVIII, 86) remarque que, dans un langage rigoureusement exact, l'incapable de tester ne saurait être qualifié intestat ; il es seulement assimilé à un intestat. Mais cette assimilation même enlève tout intérêt pratique à l'observation du jurisconsulte.

success., III, 2. — L. 39, *De acq. vel omitt. her.*, XXIX, 2. — L. 89, *De reg. jur.*, L, 17), je veux dire qu'alors seulement se déterminent soit l'ordre d'héritiers que la loi appelle, soit, dans cet ordre, les personnes spécialement désignées pour recueillir. Dans la plupart des cas sans doute, et en particulier quand il n'y a pas de testament, ce moment se confond avec celui du décès ; mais il en est autrement toutes les fois que le défunt a testé et que le testament n'a perdu ni sa force légale, ni la chance de produire des effets (1). Au surplus, il n'est pas nécessaire que l'impossibilité de l'arrivée d'un héritier testamentaire soit personnellement connue des intéressés : leur ignorance à cet égard peut bien les empêcher de faire dès à présent une adition ou une répudiation valable (n° 349), mais elle n'apporte aucun obstacle à la délation immédiate de l'hérédité.

418. L'hérédité légitime appartient au *jus civile*, et cela s'explique par un motif qui convient également aux hérédités testamentaires : c'est qu'elle contient les droits de propriété et les *sacra privata* du défunt ; or, on a vu (n° 210) qu'au début la propriété fut inaccessible aux étrangers, et il est certain que les cultes privés qu'ils pouvaient avoir d'après leurs lois nationales ne furent jamais reconnus à Rome (2). De ce caractère il suit que, soit pour laisser, soit pour recueillir une hérédité *ab* intestat régie par les lois romaines, il faut d'abord être citoyen romain (Paul, IV, 10, § 3). Mais cela ne suffit pas. Nul ne laisse une hérédité *ab* intestat, s'il ne possède l'aptitude à être propriétaire, et si de plus il n'est chef d'un culte privé. Cette seconde condition, qui dans le principe se confondait avec la première, l'une et l'autre se résumant alors dans la necessité d'être *sui juris*, nous explique pourquoi dans le droit classique le pécule *castrense* d'un fils de famille qui n'a pas testé ne forme pas une succession *ab* intestat (3). En décidant ainsi, on restait dans la règle ; on en était sorti en autorisant le propriétaire du pécule *castrense* à

(1) La règle qui vient d'être posée cesse nécessairement en faveur des héritiers qui ont été exhérédés ou omis sans cause dans un testament d'ailleurs régulier. Sans doute, la certitude que le défunt n'aura pas d'héritier testamentaire suppose alors le triomphe de la *querela*. Mais cette *querela*, comment les personnes exhérédées ou omises l'intenteraient-elles, si l'hérédité ne leur était pas dès à présent déférée sous la seule condition d'établir l'injustice de l'exhérédation ou de l'omission?

(2) Quant aux hérédités testamentaires, il y avait une raison de plus pour les classer dans le *jus civile* : cette raison est tirée des formes mêmes du testament (n° 321).

(3) Une observation semblable doit être faite à l'égard du *servus publicus populi Romani*. Investi, par faveur, d'un certain droit de tester (n° 326), il était certainement incapable de laisser une hérédité légitime.

tester, et en admettant par cela même une hérédité testamentaire dépourvue de l'élément le plus essentiel peut-être aux yeux des anciens, les *sacra privata* (1). Quant à la vocation à l'hérédité légitime, elle se fonde toujours sur une relation définie, sur un lien artificiel ou naturel qui rattachait l'appelé au défunt; et comme il n'y a pas de relation, pas de lien concevable entre deux personnes dont les existences n'ont pas coïncidé au moins un instant, il faut dire que nul n'est appelé à une hérédité légitime qu'autant qu'il vivait déjà au jour de la mort du défunt. Du reste, la législation, du moins celle de l'époque classique, se montre bien plus coulante ici qu'en ce qui concerne la capacité d'être institué; car elle paraît admettre d'une manière générale la vocation de l'enfant simplement conçu au jour du décès, mais cela, bien entendu, pourvu que plus tard il naisse et naisse vivant (2).

419. Parmi les théories générales exposées à propos des hérédités testamentaires, il faut appliquer ici celles qui ont trait à la distinction des héritiers à la fois siens et nécessaires et des héritiers externes (3), à la manière d'acquérir l'hérédité, à la forme et aux effets du partage, au droit d'accroissement, aux donations inofficieuses et aux fidéicommis (4). Mais il faut écarter absolument toutes celles qui se réfèrent au testament et à son contenu plutôt qu'à l'hérédité elle-même, et celle des lois caducaires. La tâche principale et presque exclusive de l'interprète consiste donc à déterminer les personnes auxquelles l'hérédité légitime est déférée (5). Or, sur ce point, la législation des Douze Tables, reproduction évidente et simple copie des lois ou des coutumes antérieures, consacrait un système très simple,

(1) Du jour où les *sacra* furent tombés dans un oubli général, et surtout après que le christianisme les eut proscrits, on aurait dû rejeter absolument la règle ancienne et reconnaître à tout propriétaire la capacité de laisser une hérédité *ab intestat*.

(2) Cette assimilation générale de l'enfant simplement conçu à l'enfant vivant ne fut certainement pas la règle primitive. Mais du jour où on l'eut admise à l'égard des agnats (n° 432 *in fine*), on dut sans hésiter l'étendre à toutes les autres successions, excepté peut-être celle des *gentiles*, la seule qui fût plus artificielle et partant moins favorable que celle des agnats. Au surplus, je le constate dès à présent et je ne le répéterai pas, le droit prétorien, plus large que le droit civil, traita l'enfant conçu comme l'enfant vivant, non seulement dans les successions légitimes, mais même dans les successions testamentaires (L. 7 pr.; L. 10, *De vent. in poss. mitt.*, XXXVII, 9).

(3) Je rappelle qu'il n'y a point ici d'héritiers simplement nécessaires.

(4) Sous Justinien, la théorie des legs devient elle-même applicable en notre matière, puisqu'elle est désormais fondue avec celle des fidéicommis.

(5) Il ressort de là qu'envisagée en elle-même, indépendamment des complications qui tiennent aux nombreux changements de législation et surtout au croisement

mais très arbitraire. A l'hérédité des ingénus elle appelait en première ligne les *sui*, c'est-à-dire des personnes placées sous la puissance du défunt à titre de descendants ; à défaut de *sui*, les agnats; enfin, à défaut d'agnats, les *gentiles* (Gaius, III, §§ 1, 9 et 17. — Paul, IV, 8, § 1). Aux affranchis elle donnait pour héritiers les *sui* d'abord, et, à leur défaut, le patron ou les descendants du patron (Ulp., XXVII, § 1). Que si l'on recherche les idées générales qui déterminèrent cette organisation, je crois pouvoir les réduire à deux : 1° Tandis qu'en principe la vocation testamentaire peut être conférée à tout citoyen, la vocation *ab* intestat suppose qu'entre le défunt et l'héritier il y avait un lien d'une nature particulière : l'un et l'autre faisaient partie d'un groupe compris sans doute dans la cité, mais moins large qu'elle et constituant une véritable unité civile et religieuse. Ainsi, entre le père de famille et les *sui* il y a communauté de patrimoine et de culte privé (nos 75 et 76). Les agnats ne forment qu'une seule et même famille, et le culte de l'un est nécessairement celui des autres, puisque chacun tient le sien de l'auteur commun. De même entre les *gentiles* il y a une certaine réciprocité de droits et d'obligations, et ils ont un culte qui leur est propre (n° 96). Enfin l'affranchi, dans ses rapports avec le patron, est tenu de nombreuses obligations et investi de quelques droits, et à moins de lui refuser ainsi qu'à ses enfants tout culte privé, comment douter qu'il emprunte celui du patron? 2° Entre les divers ordres de successibles, on préfère celui qui se rattache au défunt par le lien le plus étroit. Ainsi le père et les *sui* forment une famille beaucoup moins étendue que celle des agnats, et la *gens* est à son tour beaucoup plus compréhensive que l'agnation. — Une pareille conception, admise dans le but manifeste de conserver un certain ordre politique et religieux

et à l'antagonisme du droit civil et du droit prétorien, la théorie des hérédités légitimes présente plus de simplicité que celle des hérédités testamentaires, et l'on peut se demander si cette considération ne devrait pas conduire l'interprète à renverser l'ordre des Institutes et à traiter en premier lieu des hérédités légitimes. Cette marche se justifierait d'ailleurs par un motif historique et par un motif logique. Le motif historique est tiré de ce fait que certains peuples, les Germains par exemple (Tacit., *Germ.*, 20), ont connu la succession légitime et ignoré l'usage du testament, tandis que le phénomène inverse ne se rencontre peut-être pas. Le motif logique tient à ce que l'étude du droit testamentaire romain exige dans certaines parties, notamment dans la théorie de l'exhérédation et dans celle de la *querela inofficiosi*, une notion anticipée des divers ordres d'héritiers légitimes. Néanmoins j'ai cru donner à mon exposition une physionomie plus romaine en conservant l'ordre constamment suivi par les Romains eux-mêmes, ordre qui manifeste si bien leur préférence connue pour l'hérédité testamentaire.

que l'on considérait comme essentiel, ne tenait pas un compte suffisant des affections naturelles, et par suite elle devait se modifier au fur et à mesure que Rome changerait sa constitution politique et oublierait ses traditions religieuses. Sans doute les dispositions des Douze Tables forment encore la base du droit des Institutes : mais par l'effet d'une *réaction longue et continue*, à laquelle presque toutes les sources du droit concoururent, de nombreuses réformes se sont accomplies, dont on peut résumer ainsi les principaux résultats : admission dans l'ordre des *sui*, ou à côté d'eux, de beaucoup de personnes qui n'y figuraient pas primitivement; admission de quelques cognats parmi les agnats ; disparition complète de la succession des *gentiles* (nº 96) ; augmentation ou affermissement des droits du patron et de ses enfants ; introduction de nouveaux ordres de successibles par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien et par des constitutions impériales; enfin, sous le nom de *bonorum possessiones*, création par le préteur d'un nouveau système de successions qui tantôt prime celui du droit civil, tantôt ne s'applique que concurremment avec lui ou seulement à son défaut.

J'expliquerai d'abord les successions anciennes en distinguant entre celles des ingénus et celles des affranchis, puis les successions nouvelles créées par le sénat et les empereurs. Dans l'exposé des successions anciennes, je développerai, pour n'y plus revenir, toutes les modifications que les sources mêmes du droit civil apportèrent à la législation des Douze Tables. Quant aux innovations prétoriennes, comme elles forment un système parallèle plutôt qu'elles ne s'incorporent au système primitif, comme jamais elles ne dérogent théoriquement au droit civil, alors même qu'elles lui enlèvent une part de son application, je me bornerai à des indications sommaires qui seront autant d'anticipations sur la théorie des *bonorum possessiones*.

DES SUCCESSIONS CONSACRÉES PAR LA LOI DES DOUZE TABLES.

DES SUCCESSIONS LAISSÉES PAR LES *ingénus*.

SOMMAIRE : I. Détermination des personnes qui succèdent à titre de *sui heredes*. — II. Détermination des personnes qui succèdent à titre d'agnats. — III. Explication comparée des règles selon lesquelles les *sui heredes* et les agnats recueillent la succession.

I. — DÉTERMINATION DES PERSONNES QUI SUCCÈDENT A TITRE DE *sui heredes*.

Lib. III, tit. I, *De hereditatibus quæ ab intestato deferuntur*, § I. — D'après la loi des Douze Tables, les hérédités des intestats appartien-

Intestatorum hereditates ex lege duodecim Tabularum primum ad suos heredes pertinent (Gaius, III, § 1).

§ 2. — Sui autem heredes existimantur, ut et supra diximus, qui in potestate morientis fuerint, veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote ex filio nato prognatus prognatave; nec interest utrum naturales sint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam eos qui ex legitimis quidem matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati, secundum divalium constitutionum, quæ super his positæ sunt, tenorem, heredum suorum jura nanciscuntur, nec non eos quos nostræ amplexæ sunt constitutiones, per quas jussimus, si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen cum qua poterat habere conjugium, et ex ea liberos sustulerit, postea vero, affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit, et filios vel filias habuerit, non solum eos liberos qui post dotem editi sunt justos et in potestate patris esse, sed etiam anteriores, qui ex iis qui postea nati sunt occasionem legitimi nominis præstiterint. Quod obtinere censuimus, etiam si non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti.

Ita demum tamen nepos neptisve,

nent en premier lieu aux héritiers siens.

Or sont réputés héritiers siens, comme nous l'avons déjà dit, ceux que le défunt avait en sa puissance, par exemple un fils et une fille, un petit-fils et une petite-fille issus d'un fils, un arrière-petit-fils et une arrière-petite-fille issus du petit-fils par le fils; et peu importe qu'il s'agisse de descendants naturels ou adoptifs. Parmi les héritiers siens, il faut compter aussi ceux qui, n'étant pas nés de mariages légitimes, mais ayant été offerts aux curies des cités, conformément aux constitutions impériales promulguées sur cette matière, ont acquis les droits d'héritiers siens; et pareillement ceux que visent nos constitutions : nous avons décidé, en effet, que si quelqu'un, sans avoir eu d'abord l'intention de se marier, a vécu avec une femme que rien ne l'empêchait d'épouser et en a eu des enfants, et que plus tard, changeant d'intention, il ait fait avec elle un acte contenant des conventions matrimoniales, ces enfants seront légitimes et en sa puissance; non seulement ceux qui sont nés après la constitution de dot, mais aussi ceux dont la naissance est antérieure et qui ont fourni aux autres l'occasion de devenir légitimes. Et nous avons voulu que notre constitution s'appliquât même en supposant qu'après la confection du contrat de mariage il ne naquît plus d'enfants, ou que ceux qui naîtraient vinssent ensuite à mourir.

Cependant le petit-fils et la petite-

pronepos proneptisve, suorum heredum numero sunt, si præcedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit, sive alia ratione, veluti emancipatione : nam si, per id tempus quo quis moreretur, filius in potestate ejus sit, nepos ex eo suus heres esse non potest; idque et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intelligimus.

fille, l'arrière-petit-fils et l'arrière-petite-fille ne comptent parmi les héritiers siens qu'autant que la personne qui les précédait a cessé d'être en la puissance de l'ascendant, soit par la mort, soit d'une autre manière, par exemple par l'émancipation : car si, au jour de sa mort, le défunt avait un fils en sa puissance, il est impossible que le petit-fils issu de ce dernier soit héritier sien ; et ceci doit s'entendre également de tous les descendants ultérieurs.

Postumi quoque qui, si vivo parente nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui heredes sunt (Gaius, III, §§ 2 et 4).

Sont aussi héritiers siens les posthumes qui, s'ils fussent nés du vivant de leur ascendant, auraient été sous sa puissance.

§ 4. — Interdum autem, licet in potestate parentis mortis tempore suus heres non fuerit, tamen suus heres parenti efficitur, veluti si ab hostibus reversus quis fuerit post mortem patris; jus enim postliminii hoc facit.

Quelquefois, pourtant, un enfant qui n'était pas en puissance au jour de la mort de son père devient néanmoins son héritier sien, cela par exemple si, étant prisonnier chez les ennemis, il ne revient qu'après la mort de son père ; car tel est l'effet du droit de *postliminium*.

§ 7. — Quum autem quæritur an quis suus heres existere possit, eo tempore quærendum est quo certum est aliquem sine testamento decessisse, quod accidit et destituto testamento. Hac ratione, si filius exheredatus fuerit, et extraneus heres institutus, et filio mortuo postea certum fuerit heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres, aut quia non potuit, nepos avo suus heres existat; quia, quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos; et hoc certum est.

Mais lorsqu'on recherche si une personne peut être héritier sien, il faut se placer au jour où il est certain que le défunt est intestat, ce qui arrive même au cas où le testament est abandonné. Par conséquent, s'il a exhérédé son fils et institué un héritier externe, puis, que le fils étant mort, on acquière plus tard la certitude que l'institué n'héritera pas en vertu du testament, soit qu'il ne l'ait pas voulu ou ne l'ait pas pu, le petit-fils sera héritier sien de son grand-père, parce qu'au jour où il est certain que le père de famille est mort intestat, on ne trouve plus que le petit-fils ; c'est là une décision certaine.

§ 8. — Et licet post mortem avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento, suus heres efficitur. Plane, si et conceptus et natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo desertoque postea avi testamento, suus heres non existit, quia nullo jure cognationis patrem sui patris tetigit : sic nec ille est inter liberos avi, quem filius emancipatus adoptaverat. Hi autem, quum non sint, quantum ad hereditatem, liberi, neque bonorum possessionem petere possunt quasi proximi cognati.

L'enfant né après la mort de son aïeul, mais conçu de son vivant, devient aussi son héritier sien, si son père vient à mourir et qu'ensuite le testament de l'aïeul soit abandonné. Mais si sa conception aussi bien que sa naissance est postérieure à la mort de l'aïeul, son père a beau mourir et le testament de l'aïeul être ensuite abandonné, il ne devient pas héritier sien, parce qu'entre lui et le père de son père il n'y a jamais eu aucun lien de parenté : c'est ainsi que parmi les descendants d'un aïeul on ne compte pas l'enfant adoptif de son fils émancipé. Toutes ces personnes, n'étant point réputées descendants en ce qui concerne l'hérédité, ne peuvent pas non plus demander la *bonorum possessio* à titre de plus proches cognats.

Hæc de suis heredibus.

Voilà pour les héritiers siens.

§ 14. — Sed ea omnia antiquitati quidem placuerunt, aliquam autem emendationem a nostra constitutione acceperunt, quam super his personis posuimus quæ a patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur. Invenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii et naturalium parentium successionem propter adoptionem amittebant, et adoptione facile per emancipationem soluta, ad neutrius patris successionem vocabantur. Hoc solito more corrigentes, constitutionem scripsimus, per quam definivimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia jura ita servari atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuisset subsecuta, nisi in hoc tantummodo casu ut possit ab intestato ad pa-

Tel est le droit ancien; mais il a été corrigé par la constitution que nous avons rendue au sujet des personnes que leurs pères naturels donnent en adoption à d'autres. En effet, nous avons trouvé des cas où les enfants perdaient d'abord la succession de leurs ascendants naturels, puis, l'adoption venant à être dissoute par l'émancipation, se trouvaient exclus de la succession de l'un et l'autre père. Corrigeant cette iniquité selon notre habitude, nous avons écrit une constitution qui pose les règles suivantes : quand le père naturel a donné son fils en adoption, celui-ci conserve l'intégralité de ses droits, de même que s'il fût demeuré en la puissance du père naturel et qu'il n'y eût jamais eu d'adoption, si ce n'est à l'effet de lui donner un

tris adoptivi venire successionem. Testamento, autem ab eo facto, neque jure civili, neque prætorio, aliquid ex hereditate ejus persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agnita, neque inofficiosi querela instituta, quum nec necessitas patri adoptivo imponitur vel heredem eum instituere, vel exheredatum facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum, neque si ex Sabiniano senatusconsulto ex tribus maribus fuerit adoptatus; nam et in hujusmodi casu, neque quarta ei servatur, nec ulla actio ad ejus persecutionem ei competit. Nostra autem constitutione exceptus est is quem parens naturalis adoptandum susceperit; utroque enim jure, tam naturali quam legitimo, in hanc personam concurrente, pristina jura tali adoptioni servavimus, quemadmodum si paterfamilias se dederit adrogandum : quæ specialiter et sigillatim ex præfatæ constitutionis tenore possunt colligi.

droit à la succession *ab* intestat du père adoptif. Que si ce dernier a fait un testament, l'adopté ne peut élever aucune prétention à son hérédité, ni d'après le droit civil, ni d'après le droit prétorien; il ne peut pas non plus demander la *bonorum possessio contra tabulas*, ni exercer la *querela inofficiosi*, puisque l'adoptant, ne lui étant uni par aucun lien naturel, n'est pas même tenu de l'instituer ou de l'exhéréder, et cela même lorsqu'il a été donné en adoption conformément au sénatusconsulte Sabinien par un père ayant trois enfants mâles; en effet, même dans ce cas, la quarte ne lui est pas réservée et il n'a pas d'action pour la poursuivre. Mais notre constitution excepte l'enfant adopté par un ascendant naturel; ici, en effet, la nature et la loi s'accordant ensemble, nous avons conservé à une telle adoption ses effets anciens, de même que s'il s'agissait d'un père de famille qui se fût donné en adrogation. Tous ces détails peuvent être étudiés d'une manière spéciale dans le texte de la susdite constitution.

§ 15. — Item vetustas ex masculis *progenitos plus diligens, solos nepotes* qui ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabat successionem, et *juri adgnatorum* eos anteponebat; nepotes autem qui ex filiabus nati sunt, et pronepotes ex neptibus, *cognatorum loco numerans*, post adgnatorum lineam eos vocabat, tam in avi vel proavi materni, quam in aviæ vel proaviæ, sive paternæ, sive maternæ, successionem. Divi autem principes non passi sunt talem contra naturam injuriam sine

Pareillement, l'antiquité, dans sa *préférence pour les descendants par* les mâles, n'appelait à succéder comme siens et ne préférait aux agnats que les *petits-enfants par* les fils; quant aux petits-enfants par les filles et aux arrière-petits-enfants *par les petites-filles*, les *comptant* parmi les cognats, c'est seulement après les agnats qu'elle les appelait à la succession tant de l'aïeul et du bisaïeul maternels que des aïeule et bisaïeule paternelles ou maternelles. Mais les divins

competenti emendatione relinquere : sed, quum nepotis et pronepotis nomen commune est utrisque qui tam ex masculis quam ex feminis descendunt, ideo eumdem gradum et ordinem successionis eis donaverunt. Sed, ut amplius aliquid sit eis qui non solum naturæ, sed etiam veteris juris suffragio muniuntur, portionem nepotum et neptum vel deinceps, de quibus supra diximus, paulo minuendam esse existimaverunt, ut minus tertiam partem acciperent, quam mater eorum vel avia fuerat acceptura, vel pater eorum vel avus paternus sive maternus, quando femina mortua sit cujus de hereditate agitur, iisque, licet soli sint, adeuntibus, adgnatos minime vocabant. Et quemadmodum lex duodecim tabularum filio mortuo nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes in locum patris sui ad successionem avi vocat, ita et principalis dispositio in locum matris suæ vel aviæ eos cum jam designata partis tertiæ deminutione vocat.

§ 16. — Sed nos, quum adhuc dubitatio manebat inter adgnatos et memoratos nepotes, quartam partem substantiæ defuncti adgnatis sibi vindicantibus ex cujusdam constitutionis auctoritate, memoratam quidem constitutionem nostro codice segregavimus, neque inseri eam ex Theodosiano codice in eo conces-

princes ne voulurent pas laisser subsister une telle injure à la nature; et comme les noms de petit-fils et d'arrière-petit-fils appartiennent aussi bien aux descendants par les femmes qu'aux descendants par les mâles, ils leur donnèrent le droit de succéder au même degré et dans le même ordre. Toutefois, pour laisser quelque chose de plus à ceux qui ont en leur faveur non seulement la nature, mais le droit ancien, ils crurent devoir diminuer un peu la portion des petits-fils, petites-filles et autres descendants dont nous avons parlé tout à l'heure, de telle sorte qu'ils eussent un tiers de moins que n'aurait eu leur mère ou aïeule, ou, s'il s'agissait de l'hérédité d'une femme, leur père ou leur aïeul, soit paternel, soit maternel. Que s'ils étaient seuls et faisaient adition, les agnats n'étaient pas du tout appelés. Et de même que, lorsque le fils est prédécédé, la loi des Douze Tables donne sa place dans la succession de l'aïeul à ses petits-fils et à ses petites-filles, arrière-petits-fils et arrière-petites-filles, de même la constitution impériale appelle de tels descendants à remplacer leur mère ou leur aïeule sous la déduction déjà indiquée d'un tiers.

Mais nous, attendu qu'un doute subsistait entre lesdits petits-enfants et les agnats, ceux-ci revendiquant pour eux-mêmes, en vertu d'une certaine constitution, le quart des biens du défunt, nous avons éliminé cette constitution et n'avons point permis qu'elle passât du code Théodosien dans le nôtre. Le droit qu'elle éta-

simus. Nostra autem constitutione promulgata, toti juri ejus derogatum est, et sanximus, talibus nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte, et deinceps superstitibus, adgnatos nullam partem mortui suc*cessionis sibi vindicare, ne hi qui ex* transversa linea veniunt potiores iis habeantur qui recto jure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem et tempora etiam nunc sancimus : ita tamen ut, quemadmodum inter filios *et nepotes ex filio antiquitas statuit non in capita, sed in stirpes, dividi* hereditatem, similiter nos inter filios et nepotes ex filia distributionem jubemus, vel inter omnes nepotes et neptes, et alias deinceps personas, ut utraque progenies matris suæ vel patris, aviæ vel avi, *portionem sine ulla deminutione* consequatur, ut, si forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent, unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hereditatis habeant.

blissait a été entièrement changé par notre constitution, et nous avons décidé qu'en présence de petits-enfants par une fille, d'arrière-petits-enfants par une petite-fille ou d'autres descendants semblables, les agnats ne *pourraient rien réclamer de la suc*cession du défunt, de telle sorte qu'aucuns collatéraux ne soient préférés à des descendants directs. Nous ordonnons de nouveau que cette constitution s'appliquera selon sa teneur et à compter de sa date; *et de même qu'entre les fils et les* petits-enfants issus d'un fils, la loi ancienne partageait l'hérédité par souches et non par têtes, de même aussi voulons-nous qu'elle se partage soit entre des fils et des petits-enfants issus d'une fille, soit entre des petits-enfants *seulement, ou des arrière-petits-enfants* ou autres descendants plus éloignés. De cette façon les descendants obtiendront sans aucune diminution la part de leur père ou de leur mère, de leur grand-père ou de leur grand-mère, de telle sorte que, s'il y a deux *groupes dont l'un comprenne* un ou deux enfants, l'autre trois ou quatre, chaque groupe ait une moitié de l'hérédité.

420. Tant que le père de famille vit, l'aptitude virtuelle à lui succéder comme *sui heredes* appartient à tous ceux qui, issus ou non de lui, se trouvent, à titre de descendants, sous sa puissance médiate ou immédiate. A l'époque des Douze Tables, cette formule comprenait : 1° les enfants au premier degré et les descendants ultérieurs *per masculos*, les uns et les autres conçus *ex justis nuptiis* et non sortis de la famille par émancipation, adoption, ou autrement; 2° les enfants adoptifs, et avec eux, en cas d'adrogation, tous leurs descendants *per masculos;* en cas d'adoption proprement dite, ceux-là seuls dont

la conception est postérieure; 3° les femmes qui par l'effet de la *manus* ont acquis le rang et les droits de fille, petite-fille, etc. Plus tard, la même formule embrassa : 1° les enfants qui, nés d'un mariage du droit des gens étaient tombés après coup sous la puissance paternelle par l'effet de la *causæ probatio*, de l'*erroris causæ probatio*, ou d'un rescrit impérial (n° 114) ; 2° les enfants issus d'un concubinat et légitimés par l'un des trois modes précédemment décrits (n° 116 et 117. — § 2 *sup.*) (1); 3° ceux qui, sortis de la puissance paternelle par l'effet d'une condamnation criminelle, y étaient ensuite rentrés grâce à une *restitutio per omnia*. — Enfin, dans la législation des Institutes, il faut retrancher de cette liste les femmes *in manu*, puisqu'il n'y a plus de *manus*, et y ajouter, comm eon le verra bientôt, les enfants que le père naturel a donnés en adoption à un *extraneus*.

Une fois le père de famille mort, pour savoir précisément quelles sont parmi ces personnes celles qui lui succèdent comme *sui heredes*, il faut distinguer si la délation de l'hérédité légitime s'opère à l'instant même du décès ou seulement à une époque ultérieure. Au premier cas, ce sont celles qu'à sa dernière heure le défunt avait en sa puissance immédiate et que sa mort a rendues *sui juris*. Au premier cas, ce sont celles qu'en mourant il avait sous sa puissance médiate ou immédiate, mais qui, s'il eût vécu jusqu'à la délation de l'hérédité, s'y fussent trouvées alors sans intermédiaire, et par conséquent seraient devenues *sui juris* par sa mort (2). L'importance pratique de cette distinction va ressortir de deux exemples : 1° Soit un fils institué par son père sous une condition qu'il est en son pouvoir d'accomplir ou de ne pas accomplir (3). S'il meurt n'ayant pas encore satisfait à la condition, en principe on ne la considère comme défaillie qu'au moment même et par l'effet de sa mort, de sorte que, l'hérédité légitime n'ayant pas été déférée de son vivant, ses enfants, s'il en a, succèdent directement à leur aïeul, résultat évidemment

(1) Si Justinien ne mentionne pas ici (§ 2 *sup.*) la légitimation par rescrit du prince, c'est qu'elle ne fut introduite qu'en l'année 538, postérieurement à la promulgation des Institutes (nov. 74).

(2) Un texte des Institutes (§ 2 *in fine*, *sup.*) porte que les petits-enfants ne deviennent héritiers siens de leur aïeul qu'autant que sa mort les rend *sui juris*. Ce texte trop absolu est corrigé par un autre (§ 7 *sup.*), d'où résulte la distinction que je fais ici.

(3) Il faut se rappeler que toute autre condition rend nulle l'institution du fils qui n'a pas été exhérédé sous la condition inverse (n° 333).

impossible, si la mort de ce dernier avait entraîné délation immédiate de son hérédité (L. 1 § 8, *De suis et leg. hered.*, XXXVIII, 16) (1); 2° Le défunt a exhérédé son fils dont il avait un petit-fils, et institué un héritier externe. Si le fils meurt tandis que l'institué délibère encore, puis, que celui-ci vienne à répudier ou meure lui-même sans avoir pris parti, la succession de l'aïeul appartient encore au petit-fils; elle lui est directement déférée, bien qu'il n'eût pas vocation au jour du décès (§ 7 *sup.*) (2).

En résumé, et pour ramener tout à une seule formule, la loi appelle dans l'ordre des *sui heredes* toutes les personnes qui, au moment de la délation de l'hérédité légitime, se trouveraient comme descendants sous la puissance immédiate du défunt, s'il vivait encore, cela pourvu que dès le jour de la mort, en supposant ce jour distinct de celui de la délation, elles fussent au moins sous sa puissance paternelle médiate. Cette règle exclut tant les petits-enfants conçus après la mort de leur aïeul et avant la délation de son hérédité (§ 8 *sup.* — L. 6, *De suis et leg.*), que les personnes qui dans le même intervalle tomberaient sous la puissance de son fils par l'effet de l'adoption ou de la *manus*. Vainement ces personnes seraient-elles devenues *sui juris* à l'époque où l'hérédité est déférée : elles ne succéderaient pas à un homme auquel le lien de la puis-sance paternelle ne les a jamais rattachées.

(1) Ulpien, l'auteur du texte que je cite, paraît contredit par Africain (L. 16, *De lib. et post.*, XXVIII, 2). D'après ce dernier jurisconsulte, le fils mourant sans avoir rempli la condition deviendrait lui-même, au moment de sa mort, héritier de son père ; de sorte que le petit-fils ne recueillerait la succession de son aïeul que comme comprise dans celle de son propre père, et par conséquent sous la condition de n'avoir pas été exhérédé par ce dernier. Marcellus (L. 5, *De hered, inst.*, XXVIII, 5) propose une distinction très subtile, qui permet, si l'on y tient, de lever cette antinomie : ou la condition est de nature à pouvoir s'accomplir jusqu'au décès de l'institué, telle est celle-ci : *Si decem Titio dederit;* ou, ce qui sera évidemment plus rare, elle est telle qu'au dernier moment de la vie de l'institué il est déjà certain qu'elle ne s'accomplira pas, telle est cette condition : *Si Alexandriam pervenerit.* Dans la première hypothèse, la condition ne défaut que par le décès de l'institué ; l'hérédité n'est donc déférée qu'au moment où il a cessé d'être une personne, et elle ne peut appartenir qu'au petit-fils. Dans la seconde hypothèse, la condition défaut du vivant même de l'institué ; il est donc encore capable au moment de la délation de l'hérédité, et c'est lui qui la recueille.

(2) En supposant que dans ces deux hypothèses le petit-fils n'ait pas été exhérédé par son père, *il recueillera distinctement deux successions, celle de l'aïeul et celle du père*, et sa situation sera tout autre que si la succession de l'aïeul lui arrivait seulement confondue dans celle du père. En effet, il ne sera pas tenu d'exécuter sur les biens de l'aïeul les legs faits par le père, et il pourra prendre ces biens tout en s'abstenant de l'hérédité paternelle.

Par exception à la règle, on admet à succéder comme *sui heredes:* 1° les enfants ou petits-enfants simplement conçus au jour du décès de leur père ou aïeul (§§ 2 et 8 *sup.*) (1) ; 2° les descendants dont le père est mort prisonnier des ennemis ; car la fiction de la loi Cornélia fait remonter l'effet du décès au jour même où la captivité a commencé (L. 1 pr., *De suis et leg. hered.*, XXXVIII, 16) (2) ; 3° ceux qui, captifs eux-mêmes à l'époque du décès de leur père, reviennent ensuite sur le territoire romain avec le bénéfice du *postliminium* (§ 4 *sup.*) ; 4° le fils qui, mancipé une première ou une seconde fois par son père, n'est affranchi qu'après la mort de celui-ci (Gaius, III, § 6) ; 5° l'enfant né d'un mariage du droit des gens, lorsque la *causæ probatio* ou l'*erroris causæ probatio* n'ont lieu qu'après la mort du père (Gaius, III, § 5. — Paul, IV, 8 § 7) ; 6° l'enfant qu'un rescrit impérial a légitimé *ex testamento patris* (n° 116 *in fine*) ; 7° enfin, l'enfant qui, retranché de la famille par une condamnation criminelle, obtient après la mort de son père la *restitutio per omnia* (Paul, IV, 8 § 24).

421. Le vice du système des Douze Tables consistait à fonder le droit des descendants sur leur subordination à la puissance paternelle et sur la copropriété de famille qui en était la conséquence. De là deux résultats choquants : en premier lieu, l'ordre des *sui heredes* ne pouvait pas exister pour les femmes, et par suite leurs descendants ne leur succédaient jamais au seul titre de descendant (L. 13, *De suis et leg. hered.*); en second lieu, la succession des hommes eux-mêmes échappait aux enfants qu'ils avaient émancipés ou donnés en adoption et à tous leurs descendants par les femmes. De ces deux iniquités, la première fut corrigée, on le verra bientôt (n° 436), par le sénatus-consulte Orphitien et par des constitutions impériales. Voici comme on réagit contre la seconde : de bonne heure, le droit prétorien conféra aux émancipés la *bonorum possessio unde liberi*, par laquelle ils concouraient avec les *sui heredes*, et, à leur défaut, excluaient les agnats (n° 451). Quant aux enfants donnés en adoption, la même protection leur fut accordée lorsque

(1) Dans l'ordre des *sui heredes* l'assimilation des enfants simplement conçus aux enfants déjà nés paraît avoir été admise dès l'époque et peut-être par le texte même des Douze Tables (L. 3, *Si pars her. pet.*, V, 4.— L. 3 § 9, *De suis et leg.* — L. 4, C., *De suis et leg.*, VI, 55).

(2) Si le fils est mort pendant la captivité de son père, je doute fort que la fiction de la loi Cornélia nous autorise à le considérer comme ayant recueilli l'hérédité paternelle ; car, en fait, l'hérédité du père n'a pas pu être déférée avant sa mort.

l'adoptant les avait émancipés du vivant du père naturel (nº 451). Que si à la mort de ce dernier ils se trouvaient encore dans la famille adoptive, le préteur ne faisait rien pour eux. De deux choses l'une, en effet : ou l'adoptant lui-même était déjà mort, et alors ils avaient recueilli sa succession comme *sui heredes*, ou il vivait encore, et en ce cas ils avaient l'espérance de la recueillir un jour. Mais cette espérance, je l'ai déjà expliqué (nº 108), pouvait s'évanouir par une émancipation postérieure, et alors l'enfant qui avait eu successivement deux pères de famille tombait, en principe, dans la condition de celui qui n'en avait jamais eu un seul (1). C'est pour parer à ce danger que Justinien maintint sous la puissance du père naturel l'enfant donné en adoption à un *extraneus*. La conséquence de cette réforme fut que des enfants ainsi adoptés restèrent *sui heredes* par rapport à leur véritable père sans cesser de le devenir par rapport à l'adoptant (§ 14 *sup.*) (2). Enfin, à l'égard des descendants par les femmes, l'ancienne rigueur subsista jusqu'après le triomphe du christianisme ; et c'est seulement en l'année 389 qu'une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius leur conféra le droit de succéder à leur aïeul à la place de leur mère prédécédée (L. 4, C. Th., *De legit. hered.*, V, 1. — L. 9, C., *De suis et leg.*). Toutefois, une restriction fut apportée à leur droit : s'ils concouraient avec des *sui*, ils ne prenaient entre eux tous que les deux tiers de la part qui aurait appartenu à leur mère ; et s'il n'y avait pas de *sui*, ils n'enlevaient aux agnats que les trois quarts de l'hérédité. La première restriction fut conservée par Justinien (§ 15 *sup.*) ; mais il supprima

(1) Par exception, lorsqu'un père de famille ayant trois enfants mâles en avait donné un en adoption, le sénatus-consulte Sabinien assurait à l'adopté, nonobstant l'émancipation, un droit au quart de la succession de l'adoptant ; et très probablement ce droit devait être réclamé, comme la quarte Antonine, par une action *familiæ erciscundæ* utile. Ce sénatus-consulte, qu'on rapporte généralement, mais sans preuve décisive, au règne de Marc-Aurèle, est mentionné dans un texte des Institutes (§ 14 *sup.*), et la disposition nous en est expliquée dans le passage correspondant de la paraphrase de Théophile. Justinien l'abrogea, parce que sa nouvelle législation sur l'adoption le rendait inutile. Au surplus, la rigueur dont on usait à l'égard de l'enfant émancipé par l'adoptant paraîtrait assez naturelle, si l'on eût admis que nul ne perdrait sans son consentement la qualité d'héritier sien. Mais il faut se rappeler que l'émancipation, comme l'adoption, valait par cela seul que l'enfant n'avait pu y contredire (nº 119).

(2) Justinien (L. 10 § 1, C., *De adopt.*, VIII, 48) exprime formellement que l'adopté continue de figurer parmi les *sui heredes* de l'adoptant *extraneus*. Mais il diffère d'un *suus heres* ordinaire, en ce que l'adoptant peut l'exhéréder sans motif et même l'omettre dans son testament.

la seconde et ne laissa plus aucun droit aux agnats en présence de petits-enfants *ex filia* (§ 16 *sup.*). Il faut ajouter que, tandis que la constitution précitée n'appelait que les petits-enfants *ex filia*, Justinien consacra formellement le droit de tous les descendants par les femmes, quel que fût leur degré (L. 12, C., *De suis et leg.*)

II. — DÉTERMINATION DES PERSONNES QUI SUCCÈDENT A TITRE D'*agnats*.

Lib. III, tit. II, *De legitima adgnatorum successione*, pr. — Si nemo suus heres, vel eorum quos inter suos heredes prætor vel constitutiones vocant, exstat, qui successionem quoquo modo amplectatur, tunc ex lege duodecim tabularum ad adgnatum proximum pertinet hereditas (Gaius, III, § 9).

Si la succession n'est recueillie ni par un héritier sien, ni par aucune des personnes que le préteur ou les constitutions appellent parmi les héritiers siens, alors, en vertu des Douze Tables, l'hérédité appartient au plus proche agnat.

§ 1. — Sunt autem adgnati, ut primo quoque libro tradidimus, cognati per virilis sexus personas cognatione juncti, quasi a patre cognati. Itaque eodem patre nati fratres adgnati sibi sunt, qui et consanguinei vocantur, nec requiritur an etiam eamdem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, et invicem is illi adgnatus est. Eodem numero sunt fratres patrueles, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus adgnationis pervenire poterimus. Ii quoque qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul adgnatis dat lex hereditatem, sed iis, qui tunc proximiore gradu sunt, quum certum esse cœperit aliquem intestatum decessisse (Gaius, III, §§ 10 et 11).

Sont agnats, comme nous l'avons indiqué au premier livre, les cognats par les mâles car ils sont nés les uns à côté des autres du même auteur. Sont donc agnats, les frères issus du même père ; on les appelle également consanguins, et on ne s'inquiète pas s'ils ont aussi la même mère. De même l'oncle paternel est l'agnat du fils de son frère, et réciproquement. Dans la même catégorie rentrent encore les cousins paternels, c'est-à-dire les enfants de deux frères, qu'on appelle aussi *consobrini*. Le même principe nous conduirait à trouver d'autres degrés d'agnation. Ceux même qui naissent après la mort de leur père acquièrent les droits attachés à la consanguinité. Cependant la loi des Douze Tables ne défère pas l'hérédité à tous les agnats ensemble, mais seulement à ceux qui occupent le degré le plus

§ 2. — Per adoptionem quoque adgnationis jus consistit, veluti inter filios naturales, et eos *quos pater eorum* adoptavit; nec dubium est quin proprie consanguinei appellentur. *Item, si quis ex ceteris adgnatis*, veluti frater, aut patruus, aut denique is qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem, adgnatos inter suos esse non dubitatur.

§ 3. — Ceterum inter masculos quidem adgnationis jure hereditas, etiam longissimo gradu, ultro citroque capitur. Quod ad feminas vero, ita placebat ut ipsæ consanguinitatis jure tantum capiant hereditatem, si sorores sint, ulterius non capiant; masculi autem ad earum hereditates, etiamsi longissimo gradu sint, admittantur. Qua de causa, fratris tui aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hereditas ad te pertinet, tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur ita jura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent. Sed quia sane iniquum erat in universum eas, quasi extraneas, *repelli*, *prætor eas ad bonorum* possessionem admittit ea parte qua proximitatis nomine bonorum *possessionem pollicetur* : ex qua parte ita scilicet admittuntur, si neque adgnatus ullus, neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit; sed simplicitatem legibus amicam amplexa, simili modo omnes adgnatos sive masculos, sive feminas, cujuscumque gradus,

proche au moment où il devient certain que le défunt est mort intestat.

L'agnation s'établit aussi par l'adoption, par exemple, entre les fils naturels et ceux que leur père a adoptés; et il n'est pas douteux qu'on les appelle exactement consanguins. De *même*, *si un autre de nos agnats*, par exemple un frère, un oncle paternel, ou tout autre plus éloigné, adopte quelqu'un, sans aucun doute l'adopté devient notre agnat.

Au surplus, entre les mâles, le droit d'hérédité fondé sur l'agnation existe réciproquement, même au degré le plus éloigné. Quant aux femmes, au contraire, on admettait qu'elles-mêmes ne recueilleraient l'hérédité qu'à titre de consanguines, c'est-à-dire au degré de sœurs, et non au delà; tandis que les mâles étaient admis à leur succéder même au degré le plus éloigné. C'est pourquoi, bien que vous héritiez, soit de la fille de votre frère ou de votre oncle paternel, soit de votre tante paternelle, elles-mêmes n'héritaient pas de vous. Et cela avait été ainsi établi, parce qu'il paraissait plus avantageux que les hérédités s'accumulassent de *préférence* entre les mains des mâles. Mais attendu qu'il y avait iniquité évidente à exclure absolument les *femmes*, *comme* des étrangères, le préteur les appelle à la *bonorum possessio* dans la partie de son édit où il promet cette *bonorum possessio* sur le fondement de la cognation. Mais par là elles ne sont admises qu'en l'absence complète d'agnats et à défaut d'un cognat plus proche. Or tel n'était pas

ad similitudinem suorum, invicem ad successionem vocabat. Media autem jurisprudentia, quæ erat lege duodecim tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata, præfatam differentiam inducebat, et penitus eas a successione adgnatorum removebat, omni alia successione incognita, donec prætores, paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod deerat implentes, humano proposito, alium ordinem suis edictis addiderunt, et cognationis linea proximitatis nomine introducta, per bonorum possessionem eas adjuvabant, et pollicebantur his bonorum possessionem quæ *unde cognati* appellatur.

le droit établi par les Douze Tables, lesquelles, se conformant à la simplicité qui sied aux lois, appelaient sans distinction tous les agnats, mâles ou femelles, et quel que fût leur degré, à se succéder réciproquement à l'exemple des *sui*. C'est une jurisprudence intermédiaire, plus récente que les Douze Tables, mais plus ancienne que la législation impériale, qui, à l'aide de certaines subtilités, introduisit la susdite différence et exclut complètement les femmes de la succession des agnats. Or nulle autre succession ne fut connue, jusqu'à ce que, dans leur humanité, les préteurs, corrigeant peu à peu la rigueur du droit civil ou en comblant les lacunes, créèrent dans leurs édits de nouveaux successibles, et ayant introduit l'ordre des cognats fondé sur la proximité du sang, vinrent au secours des femmes et leur promirent la *bonorum possessio* appelée *unde cognati*.

Nos vero, legem duodecim tabularum sequentes, et ejus vestigia in hac parte conservantes, laudamus quidem prætores suæ humanitatis, non tamen eos in plenum causæ mederi invenimus : quare etenim, uno eodemque gradu naturali concurrente, et adgnationis titulis tam in masculis quam in feminis æqua lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium adgnatorum, ex adgnatis autem mulieribus nulli penitus, nisi soli sorori, ad agnatorum successionem patebat aditus? Ideo in plenum omnia reducentes et ad jus duodecim tabularum eamdem dispositionem exæquantes, nostra constitutione sanxi-

Quant à nous, nous rattachant à la loi des Douze Tables et en conservant ici les traditions, nous louons certainement l'humanité des préteurs, mais nous ne pensons pas que le remède par eux apporté suffise. Pourquoi, en effet, étant donné le même degré de parenté naturelle, et les titres de l'agnation étant pareils pour les hommes et pour les femmes, pourquoi, disons-nous, les hommes étaient-ils admis à succéder à tous leurs agnats, tandis que toutes les femmes, à l'exception de la sœur, étaient exclues de la succession des leurs? Donc, rétablissant la vérité et faisant revivre l'égalité consacrée par la loi des Douze Tables, nous

mus, omnes legitimas personas, id est, per virilem sexum descendentes, sive masculini generis sive faminini sint, simili modo ad jura successionis legitimæ ab intestato vocari, secundum sui gradus prærogativam, nec ideo excludendas, quia consanguinitatis jura, sicut germanæ, non habent.

avons décidé par notre constitution que toutes les personnes admises par la loi, c'est-à-dire tous les descendants par les mâles, sans distinguer s'ils sont eux-mêmes du sexe masculin ou du féminin, auront même vocation à la succession *ab* intestat, cela dans l'ordre que leur degré leur assigne, et qu'aucune de ces personnes ne sera exclue faute d'avoir le droit de consanguinité des sœurs.

§ 4. — Hoc etiam addendum nostræ constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus a jure cognationis in legitimam successionem : ut non solum fratris filius et filia, secundum quod jam definivimus, ad successionem patrui sui vocentur, sed etiam germanæ consanguineæ vel sororis uterinæ filius et filia soli, et non deinceps personæ, una cum his ad jura avunculi sui perveniant, et mortuo eo qui patruus quidem est sui fratris filiis, avunculus autem sororis suæ soboli, simili modo ab utroque latere succedant, tanquam si omnes, ex masculis descendentes, legitimo jure veniant, scilicet ubi frater et soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus, et successionem admittentibus, ceteri gradus remanent penitus semoti, videlicet hereditate non in stirpes, sed in capita dividenda.

Par cette même constitution nous avons cru devoir transférer un degré des cognats parmi les personnes à qui est déférée la succession légitime : de telle sorte que non seulement le fils et la fille d'un frère soient appelés, selon les règles déjà posées, à la succession de leur oncle paternel, mais que le fils et la fille d'une sœur consanguine ou utérine, eux seuls et non des descendants ultérieurs, arrivent avec eux aux biens de leur oncle maternel, et que, le défunt étant à la fois oncle paternel quant aux enfants de son frère, et oncle maternel quant aux enfants de sa sœur, les uns et les autres lui succèdent, comme si tous descendaient des mâles et étaient appelés par la loi, cela toutefois quand le défunt ne laisse ni frères ni sœurs survivants. Car, en présence de telles personnes, si elles acceptent la succession, les autres degrés sont absolument écartés; et, au surplus, la succession se partage par têtes et non par souches.

§ 5. — Si plures sint gradus adgnatorum, aperte lex duodecim tabularum proximum vocat. Itaque si, verbi gratia, sit defuncti frater et alterius fratris filius, aut patruus, frater

S'il y a plusieurs degrés d'agnats, la loi des Douze Tables appelle expressément le plus proche. En conséquence, s'il reste par exemple un frère du défunt et qu'à côté de lui il

potior habetur. Et quamvis singulari numero usa lex proximum vocet, tamen dubium non est quin, et si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur; nam et proprie proximus ex pluribus gradibus intelligitur, et tamen non dubium est quin, licet unus sit gradus adgnatorum, pertineat ad eos hereditas.

y ait ou un fils d'un autre frère ou un oncle paternel, c'est le frère qui est préféré. Et quoique la loi, parlant au singulier, appelle le plus proche, sans nul doute, s'il y a plusieurs agnats au même degré, tous sont admis. Et, en effet, qui dit *le plus proche* suppose plusieurs degrés, et pourtant il n'est pas douteux qu'alors même qu'il n'y a qu'un seul degré d'agnats, l'hérédité leur appartient.

§ 6. — Proximus autem, si quidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is cujus de hereditate quæritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse cœperit nullum ex testamento heredem exstiturum; tunc enim proprie quisque intestatus decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur : in quo spatio temporis sæpe accidit, ut, proximiore mortuo, proximus esse incipiat qui moriente testatore non erat proximus (Gaius, III, § 13).

Mais pour déterminer quel est le plus proche, il faut, en l'absence de testament, se placer au moment même où est décédé celui de la succession duquel il s'agit. Que s'il y a un testament, on se place au moment où il devient certain que le défunt n'aura pas d'héritier testamentaire; c'est alors, en effet, qu'il est proprement réputé intestat. Ce moment peut se faire attendre longtemps; et dans l'intervalle, il arrive souvent que le plus proche meurt, et que celui qui n'était pas le plus proche au jour du décès du testateur le devient ainsi.

422. Le système des Douze Tables peut se résumer comme il suit :

1° L'hérédité légitime n'est offerte aux agnats qu'à défaut de *sui heredes* (Gaius, III, § 9). Au fond, si l'on se rappelle que l'agnation est le lien qui rattache entre eux les membres d'une même famille civile, et qu'en conséquence les *sui heredes* sont nécessairement aussi des agnats (n° 95), cela revient à dire que la loi partage les agnats en deux classes : ceux qui étaient sous la puissance du défunt, et ceux qui n'y étaient pas. Aux uns elle donne le nom de *sui heredes* (L. 10 § 3, *De grad. et affin.*, XXXVIII, 10), et elle les appelle en première ligne; aux autres elle laisse leur dénomination générique d'agnats, et elle ne les appelle qu'en seconde ligne.

2° Parmi les agnats, le plus proche ou les plus proches excluent tous les autres (pr. et § 5 *sup.*). Donc, que le défunt laisse un oncle paternel et un neveu issu de son frère prédécédé, l'un et l'autre succèdent, puisque l'un et l'autre sont au troisième degré. Qu'à l'inverse

il laisse un frère et un neveu issu d'un autre frère prédécédé, le frère est seul appelé comme étant d'un degré plus proche. Du reste, peu importe que le plus proche agnat se trouve lui-même à un degré très éloigné (§ 3 *sup.*, 1re ph.)(1) ; qu'il appartienne au sexe masculin ou au sexe féminin (§ 3 *sup.*), et que son agnation résulte directement de la naissance ou ne se soit produite que par un fait postérieur, tel que l'adoption ou la légitimation (§ 2 *sup.*) (2).

3° Quand on recherche si les héritiers siens manquent et quel est le plus proche agnat, c'est au moment de la délation de l'hérédité légitime qu'il faut se placer, c'est-à-dire au jour du décès, si le défunt n'a pas testé ou si l'on est dès à présent certain que son testament n'aura pas d'effet, sinon, au jour où l'espérance d'un héritier testamentaire s'évanouit d'une manière définitive (§ 1 *in fine;* § 6 *sup.*). Supposons donc que le défunt ait institué un *extraneus* et exhérédé son unique héritier sien; celui-ci venant ensuite à mourir, la répudiation postérieure de l'institué donnera ouverture au droit des agnats qui d'aucune façon pourtant n'auraient pu avoir vocation au jour du décès. Pareillement, si le défunt a laissé un frère et un oncle paternel, et que l'institué répudie après la mort du frère, l'oncle paternel succédera, bien qu'il ne fût pas le plus proche au jour du décès (L. 2 § 6; L. 5, *De suis et leg. her.*) (3).

(1) D'après ce texte les agnats sont appelés *etiam longissimo gradu*. Ailleurs (Inst., § 5, *De success. cogn.*, III, 5) Justinien dit que l'agnat arrive *et si decimo gradu sit*, formule purement énonciative où le dixième degré est mentionné comme aurait pu l'être le vingtième, et d'où il ne faut pas conclure que le droit de succession des agnats s'arrête au dixième degré. C'est sur ce texte que quelques auteurs se fondent pour prétendre que les *gentiles* ne sont autre chose que des agnats au onzième degré ou à un degré ultérieur, doctrine très nettement repoussée par Ulpien, qui étend l'agnation *in infinitum* (L. 2 § 1, *De suis et legit.*, XXXVIII, 16).

(2) Je rappelle que les enfants légitimés par oblation à la curie ne deviennent pas les agnats des agnats de leur père et par conséquent ne peuvent ni leur succéder ni les avoir pour héritiers (n° 117 *in fine*).

(3) Il y a deux cas qui demandent une attention spéciale : 1° le père de famille n'a pas d'enfants, mais il laisse sa femme enceinte ; 2° il laisse son unique enfant prisonnier chez les ennemis. — Dans ces deux cas, on peut dire que l'hérédité légitime est ouverte, mais non déférée. Elle n'est pas déférée aux *sui*, parce qu'il n'y en aura peut-être pas; elle n'est pas déférée aux agnats, parce qu'il peut survenir des *sui* (Ulp., XXVI § 4). Pour que la vocation des agnats s'ouvre, il faut absolument que la femme avorte ou mette au monde un enfant mort, ou que le captif meure chez les ennemis. Si donc ces événements se réalisent, c'est alors qu'il faudra rechercher quel est le plus proche agnat, et il est fort possible que le plus proche à ce jour ne le fût pas encore au moment du décès ni au moment où l'espérance d'un héritier testamentaire a disparu (arg. de la loi 8, § 1, *De suis et legit. hered.*, XXXVIII, 16).

4° Pour succéder à titre d'agnat, ce n'est pas assez d'être le plus proche de ceux que l'agnation rattacherait au défunt, si celui-ci vivait encore au jour de la délation de l'hérédité ; il faut aussi avoir été son agnat au dernier instant de sa vie. Donc les enfants conçus de mon frère ou adoptés par lui depuis mon décès n'héritent pas de moi, encore qu'au jour où disparaît l'espoir d'un héritier testamentaire mon frère soit déjà mort ou qu'une cause quelconque l'ait dépouillé de sa qualité d'agnat. Par exception à la règle : 1° la fiction de la loi Cornélia permet à un agnat de succéder à son agnat mort prisonnier chez les ennemis (L. 8, C., *De leg. hered.*, VI, 58) ; 2° grâce au *jus postliminii*, le citoyen qui, captif au jour de la mort de son agnat, rentre plus tard sur le territoire romain lui succède (Paul, IV, 8 § 24) ; 3° la *restitutio per omnia* produit le même effet au profit de celui qui au jour du décès avait perdu ses droits d'agnation par suite d'une *maxima* ou d'une *media capitis deminutio* (Paul, IV, 8 § 24) ; 4° les enfants simplement conçus au moment du décès de celui dont ils seraient nés les agnats, lui succèdent aussi, non pas d'après les Douze Tables, mais en vertu d'une jurisprudence qui s'introduisit à l'époque de Cicéron et sous l'influence de son ami Aquilius Gallus (L. 127, *De leg.*, 1° XXX) (1).

423. Le système consacré par les Douze Tables reçut postérieurement plusieurs modifications importantes :

1° A mesure que le préteur ou les constitutions impériales assimilèrent de nouvelles personnes aux *sui heredes*, ces personnes durent exclure les agnats (2), et voilà pourquoi les Institutes subordonnent la vocation de ces derniers à l'absence de *sui heredes* ou de personnes appelées *inter suos heredes* (pr. *sup.*).

2° Tandis que les Douze Tables appelaient indistinctement dans l'ordre des agnats les hommes et les femmes, une jurisprudence plus récente en exclut toutes les femmes à l'exception des sœurs, de sorte que désormais la réciprocité de vocation disparut entre une femme et ses agnats du troisième degré ou d'un degré plus éloigné : sa

(1) Cette jurisprudence n'eut pas pour conséquence de permettre à l'agnat qui testait d'instituer le posthume appelé à lui succéder *ab* intestat ; et cela n'a rien d'étonnant, si l'on se rappelle que l'autorisation d'instituer les posthumes, comme celle de les exhéréder, n'avait d'autre but que de prévenir la rupture du testament, donc devait se restreindre aux seuls posthumes dont la naissance opérât cette rupture, c'est-à-dire aux *sui*.

(2) Je rappelle que jusqu'à Justinien les descendants par les femmes n'exclurent jamais absolument les agnats (n° 421).

succession continua de leur être promise, mais elle ne put plus espérer la leur (Gaius, III, § 14. — § 3 *sup.*) (1). Dès lors, au point de vue du droit successoral, l'ordre des agnats se subdivisa en quelque sorte en deux ordres : d'un côté, les frères et sœurs, qu'on appela spécialement consanguins, comme étant unis par le même sang paternel (§ 1 *sup.*); d'un autre côté, les mâles au delà du second degré, auxquels on laissa le nom d'agnats pris dans un sens étroit (2). Cette jurisprudence, dérivée probablement de la loi Voconia, ou tout au moins inspirée, comme elle, par le désir de restreindre la fortune des femmes pour les contenir dans une soumission plus entière (3), perdit toute raison d'être lorsque la tutelle des femmes pubères eut disparu. Déjà critiquée par le jurisconsulte Paul, c'est Justinien qui l'atteste, elle fut abrogée par ce prince qui rétablit ainsi l'ancienne égalité entre l'homme et la femme (§ 3 *sup.* — L. 14, C., *De leg. hered.*, VI, 58).

3° L'empereur Anastase, par une constitution à laquelle il est fait allusion aux Institutes (§ 1, *De succ. cogn.*, III, 5) et au Code (L. 4, *De leg. tut.*, V, 30), admit les frères et sœurs émancipés, eux seuls et non leurs enfants, à succéder au même rang que les agnats, mais non pas toujours avec un droit aussi plein. Et en effet, Théophile (sur le § 1, *De succ. cogn.*) nous rapporte qu'ils excluaient bien les agnats du troisième degré ou d'un degré plus reculé, mais qu'en présence de frères ou de sœurs non émancipés leur part était limitée aux deux tiers de ce qu'ils eussent recueilli étant restés dans la famille. Justinien fit disparaître cette restriction, et compléta l'innovation d'Anastase en donnant les droits des agnats, soit aux frères et sœurs utérins, soit, à défaut de frères ou sœurs, aux enfants au premier degré d'un frère émancipé ou utérin, ou d'une sœur quelconque (L. 14 § 1, L. 15 §§ 1,2 et 3, C., *De leg. hered.* — § 4 *sup.*).

(1) C'est à tort que Gaius (III, § 22) fait découler *ex lege* l'exclusion des agnats autres que les sœurs. Justinien (§ 3 *sup.*) atteste très formellement qu'elle fut l'œuvre de la jurisprudence, et Paul (IV, 8 § 22) constate que cette jurisprudence elle-même fut introduite par l'interprétation des prudents (*jus civile*). Il est certain du reste qu'elle obtint également la consécration de l'édit prétorien (Gaius, III, § 29).

2. Aussi les textes disent-ils quelquefois que l'hérédité légitime appartient d'abord aux *sui heredes*, à leur défaut, aux consanguins, et, ces derniers manquant, aux agnats (Ulp., XXVI § 1. — Paul, IV, 8 § 17). Cependant il ne faut pas conclure de cette manière de parler que la dévolution fût admise des consanguins aux agnats; à cet égard il n'y a toujours là qu'un seul ordre d'héritier (n° 425).

(3) Telle est la pensée de Paul expliquant cette jurisprudence par une *Voconiana ratio* (Paul, IV, 8 § 22).

III. — EXPLICATION COMPARÉE DES RÈGLES SELON LESQUELLES LES *sui heredes* ET LES AGNATS RECUEILLENT LA SUCCESSION.

Lib. III, tit. I, *De hereditatibus quæ ab intestato deferuntur* § 3. — Sui autem, etiam ignorantes, fiunt heredes, et, licet furiosi sint, heredes possunt existere, quia quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur, ex his causis, et furiosis adquiri potest. Et statim morte parentis quasi continuatur dominium, et ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, quum etiam ignorantibus adquiratur suis heredibus hereditas, nec curatoris consensu adquiritur furioso, sed ipso jure.

Les héritiers siens sont saisis de l'hérédité même à leur insu, et ils peuvent l'être aussi, quoique fous, parce que les causes d'acquisition qui opèrent à notre insu opèrent aussi en faveur des fous. Dès la mort du père de famille, il y a en quelque sorte continuation immédiate de sa propriété, et en conséquence l'autorisation du tuteur est inutile aux pupilles, puisque les héritiers siens acquièrent l'hérédité à leur insu, et le fou n'a pas besoin du consentement de son curateur, mais il acquiert de plein droit.

§ 5. — Per contrarium evenit ut, licet quis in familia defuncti sit mortis tempore, tamen suus heres non fiat, veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit : suum enim heredem habere non potest, quum fiscus ei succedit ; sed potest dici ipso jure suum heredem esse, sed desinere.

A l'inverse, il peut arriver qu'un descendant qui se trouve dans la famille du défunt au moment de sa mort ne devienne pourtant pas héritier sien, cela si le père a été après sa mort reconnu coupable de haute trahison et qu'en conséquence sa mémoire ait été condamnée : en effet, il ne peut pas avoir d'héritier sien, puisque c'est le fisc qui lui succède : cependant, on peut dire que le fils est devenu de plein droit héritier sien, mais qu'il cesse de l'être.

§ 6. — Quum filius filiave, et ex altero filio nepos neptisve existunt, pariter ad hereditatem avi vocantur, nec qui gradu proximior est ulteriorem excludit : æquum enim esse videtur nepotes neptesve in patris sui locum succedere. Pari ratione, et si nepos neptisve sit ex filio, et ex nepote pronepos proneptisve, simul vocantur. Et quia placuit nepotes neptesque, item pronepotes et proneptes

Lorsqu'il y a un fils ou une fille, plus un petit-fils ou une petite-fille issus d'un autre fils, ces derniers sont également admis à l'hérédité de leur aïeul, et le plus proche en degré n'exclut pas le plus éloigné : il paraît équitable, en effet, que les petits-fils et petites-filles prennent la place de leur père. Par le même motif, si, à côté du petit-fils et de la petite-fille issus d'un fils, il y a un

in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est non in capita, sed in stirpes hereditatem dividi, ut filius partem dimidiam hereditatis habeat, et ex altero filio duo pluresve heredes alteram dimidiam; item, si ex duobus filiis nepotes extant, ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor, ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel quatuor altera dimidia.

arrière-petit fils et une arrière-petite-fille issus d'un petit-fils, ils arrivent aussi. Une fois admis que les petits-enfants et arrière petits-enfants remplacent leur père, il a paru logique que l'hérédité se partageât non point par têtes, mais par souches, de sorte que le fils ait une moitié de l'hérédité, et que l'autre moitié appartienne aux enfants de l'autre fils, en quelque nombre qu'ils soient; de même, si de deux fils il y a des petits-enfants, un ou deux seulement du premier, et du second trois ou quatre, chaque groupe prend une moitié.

Lib. III, tit. II, *De legitima adgnatorum successione*, § 7. — Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum successionem non esse, id est, ut, quamvis proximus, qui, secundum ea quæ diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut, antequam adeat, decesserit, nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum prætores, imperfecto jure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant, sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote adgnationis jure eis recluso. Sed nos, nihil deesse perfectissimo juri cupientes, nostra constitutione quam de jure patronatus, humanitate suggerente, protulimus, sanximus successionem in adgnatorum hereditatibus non esse eis denegandam; quum satis absurdum erat, quod cognatis a prætore apertum est, hoc adgnatis esse reclusum, maxime quum in onere quidem tutelarum et proximo gradu deficiente sequens succedit, et quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.

Mais dans cette espèce d'hérédité la dévolution n'était pas admise, c'est-à-dire que si le plus proche, seul appelé, comme nous l'avons dit, vient à répudier l'hérédité ou à mourir sans avoir fait adition, les agnats plus éloignés ne sont pas pour cela admis à la succession. Toutefois les préteurs, opérant ici une réforme insuffisante, ne les laissaient pas absolument sans secours, mais les appelaient dans l'ordre des cognats, puisque celui des agnats leur était fermé. Quant à nous, voulant que rien ne manquât à la perfection de notre droit, par une constitution relative au droit des patrons et que l'humanité nous a suggérée, nous avons décidé que la dévolution ne serait plus refusée dans l'ordre des agnats; car il était absurde qu'une voie ouverte aux cognats par le préteur fût fermée aux agnats, surtout quand on considère que, le premier degré venant à manquer, la charge de la tutelle se transmet au degré suivant, et qu'ainsi il n'y avait pas corrélation entre les charges et les avantages.

424. Les héritiers siens descendent du défunt, les agnats ne sont que ses collatéraux. Or il est manifeste que par le fait même de la procréation, nous contractons envers nos descendants l'obligation de leur transmettre, autant qu'il est en nous, les moyens d'existence dont nous disposons nous-mêmes : auteurs de leur vie, nous leur devons tout ce qui est nécessaire pour la conserver, la rendre utile et l'embellir, tandis qu'à nos collatéraux, nés à côté de nous, mais non pas par notre œuvre, nous ne devons rien ou presque rien. En outre, par une heureuse coïncidence des données de la morale et des instincts du cœur, par une loi naturelle éminemment conservatrice, notre affection s'étend avec une égale vivacité sur tous nos descendants, quel que soit leur degré, tandis qu'à l'égard de nos collatéraux elle va baissant, tel est du moins le fait général, en proportion directe de la distance qui les sépare de nous. De ces deux idées découlent trois différences fondamentales entre les héritiers siens et les agnats :

1° Comme on l'a déjà vu, le plus proche agnat exclut absolument tous les autres, tandis que la présence d'un enfant au premier degré n'exclut pas les petits-enfants ou arrière-petits-enfants qu'aucun intermédiaire ne précède dans la famille (Gaius, III, §§ 7 et 15).

2° Étant donné plusieurs héritiers siens ou plusieurs agnats simultanément appelés, la quotité de leurs droits respectifs se règle d'une façon toute différente. Si nous envisageons d'abord les héritiers siens, l'égalité ne forme la loi entre eux qu'autant qu'ils appartiennent tous au premier degré : la succession se partage alors par têtes (*in capita*), c'est-à-dire qu'à chacun est attribuée une même quote-part dite part virile. Que si quelques-uns ou tous sont au second degré ou à un degré ultérieur, la règle est que les descendants d'un même enfant prédécédé ou sorti de la famille obtiennent toujours entre eux tous ce que leur père aurait eu, venant lui-même à la succession, et n'obtiennent jamais rien de plus. C'est ce résultat qu'on exprime en disant qu'ici le partage se fait par souches (*in stirpes*) (§ 6 *sup.*). Soit par exemple un fils en concours avec deux petits-enfants issus d'un autre fils prédécédé : la succession se divise en deux moitiés dont l'une pour le fils et l'autre pour les deux petits-enfants qui se la partagent également. Changeons l'hypothèse : le défunt a eu deux fils, Primus et Secundus ; l'un et l'autre sont morts avant lui, Primus laissant un enfant et Secundus en laissant trois : ces quatre petits-enfants survivant à leur grand-père, la succession se partage encore en deux moitiés, dont l'une est exclusivement attribuée au fils de Pri-

mus, et l'autre aux trois enfants de Secundus (1). Ce n'est plus ici entre les divers cohéritiers que l'égalité règne, mais entre les souches; et dans une même souche elle se retrouve aussi entre les membres qui la composent, le partage par têtes restant la règle entre eux (2). A l'égard des agnats, au contraire, le même esprit qui sacrifie les plus éloignés aux plus proches commande entre ceux qui succèdent l'égalité absolue et le partage par têtes. Cependant Gaius (III, § 16) atteste qu'une controverse, dès longtemps éteinte à son époque, s'était élevée pour le cas où la succession appartenait à des neveux issus de plusieurs frères prédécédés : ne fallait-il pas, en effet, décider que deux neveux formant une même souche prendraient autant que trois neveux formant une autre souche et ne prendraient pas plus que le neveu formant à lui seul une souche? Cela eût été équitable; car, par exception, notre affection pour des collatéraux placés au degré de frères ou de sœurs se reporte assez ordinairement sur leurs descendants. Néanmoins, cette opinion fut rejetée, et elle devait l'être dans une législation où le frère survivant excluait absolument les descendants d'un autre frère prédécédé (3).

3° Si la législation romaine ne consacra le droit naturel des descendants à la succession de leur auteur qu'autant qu'ils étaient placés sous sa *patria potestas*, pour ce cas du moins elle le consacra dans une forme singulièrement originale et avec des effets tout à fait énergiques. Reconnaissant en eux les copropriétaires de leur père, elle déclara qu'en lui succédant ils acquièrent moins une propriété nou-

(1) Dans ces hypothèses les interprètes disent quelquefois que les petits-enfants représentent leur père. Quoique ce langage n'ait rien en soi de répréhensible, j'aime mieux l'écarter comme pouvant donner lieu à une confusion : chez nous, en effet, on ne représente que des personnes mortes, tandis qu'à Rome les petits-enfants héritent à la place de leur père mort ou simplement sorti de la famille.

(2) Il peut arriver que ce partage par têtes soit précédé de deux partages par souches. Par exemple, le défunt laisse un fils : mais d'un autre fils prédécédé il a eu deux petits-enfants, Primus et Secundus, qui sont morts aussi, laissant l'un deux enfants, l'autre un seul. Ces trois arrière-petits-enfants, concourant avec le fils du défunt, prennent ensemble la part qu'aurait eue leur grand-père commun, soit une moitié. Voilà l'effet d'un premier partage par souches. Puis entre eux intervient un second partage par souches qui divise cette moitié en deux parties égales, dont l'une pour le fils unique de Secundus, et l'autre pour les deux fils de Primus, qui se la partagent par têtes.

(3) La règle du partage par têtes est observée par Justinien à l'égard des neveux ou nièces qu'il admet, quoique simples cognats, à succéder au rang des agnats (n° 423 *in fine*. — L. 15, § 8, C., *De leg. hered.*). A l'inverse, le partage par souches s'applique entre les descendants assimilés aux héritiers siens (Inst., § 16, *De hered. quæ ab int.*).

velle que le libre usage d'un droit préexistant (§ 3 *sup.* — L. 11, *De lib. et post.*, XXVIII, 2) (1). De là leur nom de *sui heredes*, et comme corollaire leur qualité d'héritiers nécessaires (nos 343 et 345) (2), c'est-à-dire que l'hérédité leur est acquise de plein droit à l'instant même où elle leur est déférée, et cela quand même ils n'auraient ni conscience de leur vocation ni volonté qui puisse produire des effets légaux (§ 3 *sup.* — Paul, IV, 8 § 6) (3). Les agnats au

(1) Cette idée se réfléchit à merveille dans un texte des Douze Tables qui, déférant expressément la succession aux agnats à défaut de *sui*, ne prend pas la peine de la déférer d'abord aux *sui* eux-mêmes, car elle leur appartient de droit (Ulp., XXVI § 1).

(2) Lorsque les descendants par les femmes furent appelés par des constitutions impériales au rang des héritiers siens, ils ne devinrent pas pour cela de véritables *sui* et n'eurent pas la qualité d'héritiers nécessaires. Un texte des Institutes (§ 15, *De hered. quæ ab int.*) fait allusion à l'adition dont ils ont besoin pour s'investir. Quant aux descendants qui ne puisent leur vocation que dans le droit prétorien, ils ne sont pas non plus héritiers nécessaires. Car, comme on le verra plus loin (nos 458 et suiv.), toute *bonorum possessio* a besoin d'être demandée et peut être répudiée.

(3) Il suit de là qu'à partir du décès la qualité d'héritier, avec ses avantages et ses inconvénients, s'imprime sur la personne du *suus* d'une manière ineffaçable. Son droit devient donc immédiatement transmissible à ses propres héritiers, et il ne peut plus être question d'un droit d'accroissement qui s'ouvrirait de son chef au profit de ses cohéritiers. L'usage même du bénéfice d'abstention ne l'empêche pas de rester héritier *jure civili* (no 345). Ce sont là des points certains. Mais que décider dans les hypothèses assez rares où le patrimoine d'un père de famille défunt devient l'objet d'une confiscation posthume? Pour les héritiers externes, cela sans doute empêche ou annule l'adition; mais à l'égard des héritiers siens, cela suffit-il pour les dépouiller rétroactivement de leur qualité d'héritiers? Les Institutes (§ 5 *sup.*), visant spécialement la plus connue de ces hypothèses, celle d'un accusé de haute trahison (*perduellio*) qui meurt avant la sentence et dont la culpabilité est ensuite déclarée après sa mort, décident que ses enfants cessent d'être héritiers siens. Et, de fait, les biens de leur père leur échappent absolument, le fisc ne leur abandonnant pas ici la moitié qu'il a l'habitude d'accorder aux enfants des condamnés à une peine capitale (L. 10, C., *De bon. proscr.*, IX, 49). Cette sévérité, qui du reste paraît bien remonter à la législation classique, suffit pour justifier pleinement le texte des Institutes, puisque dans le droit de Justinien l'hérédité ne comprend pas autre chose que l'actif et le passif du défunt. Mais on peut se demander si dans l'ancien droit les enfants, quoique exclus du patrimoine, ne restaient pas héritiers en ce sens qu'ils continuaient les *sacra* de leur père. Je suis assez porté à résoudre la question négativement : je remarque, en effet, que dans notre hypothèse les *jura sepulcrorum* ne se transmettent pas aux enfants (L. 1, § 3, *De suis et leg. her.*, XXXVIII, 16), ce qui prouve non seulement qu'ils cessent d'être héritiers, mais qu'ils ne conservent pas même tous les droits attachés à leur qualité d'enfants (no 192), doctrine bien conforme d'ailleurs à la primitive croyance qui faisait retomber les crimes des ancêtres sur leur postérité. M'opposera-t-on que les enfants du condamné pour haute trahison conservaient bien à l'égard des affranchis de leur père la plénitude des *jura patronatus* (L. 5, C., *De obs. patr.*, VI, 6)?

contraire, naturellement étrangers aux biens et aux droits du défunt, *ne peuvent être et ne sont que des héritiers externes.* Pour eux donc, l'acquisition de l'hérédité est toute facultative et ne résulte jamais que d'une adition de tous points soumise aux règles déjà expliquées à propos des héritiers institués (n°s 346 à 352) (1).

425. A cette différence générale dans la façon de concevoir le droit des *sui* et le droit des agnats se rattachent plusieurs différences secondaires *toutes spéciales à la matière des hérédités ab intestat* (2) :

1° L'héritier sien étant investi dès que l'hérédité lui est déférée, on ne comprendrait pas qu'il pût d'une manière quelconque la transférer à un tiers. Car, du jour où il y a un héritier, l'hérédité cesse absolument d'exister comme chose distincte et comme personne morale (t. I, page 465, note 1). Tout au contraire, par une *in jure cessio faite avant toute adition ou répudiation, les agnats, et plus*

Je le reconnais; mais, outre que c'est là une décision de pure bienveillance et qui ne remonte pas à une époque très ancienne, car les textes l'attribuent à Septime Sévère (L. 4, *De jur. patr.*, XXXVII, 14. — L. 9, *Ad leg. Jul. maj.*, XLVIII, 4), il ne faut pas oublier que les *jura patronatus* ne sont pas réputés compris dans l'hérédité du patron et se transmettent à ses enfants même exhérédés (Gaius, III, §§ 48 et 58). La même doctrine était-elle également admise dans les autres cas de confiscation posthume, c'est-à-dire lorsqu'une personne accusée ou seulement surprise en flagrant délit d'un crime capital autre que celui de haute trahison s'était suicidée *conscientia delicti* ou *metu criminis* (L. 3 pr., §§ 1 et 8, *De bon. eor. qui ant. sent.*, XLVIII, 21)? Ici je crois plus probable que les enfants continuaient les *sacra* de leur père, car telle eût été justement la conséquence de la condamnation encourue par le père vivant, tandis que fort probablement la condamnation pour haute trahison entraînait extinction de son culte.

(1) Précédemment (n° 348) j'ai dit, en me référant à l'époque classique, que les héritiers légitimes externes, notamment les agnats, pouvaient *à leur choix s'investir* par la *cretio*, par un acte de gestion ou par une simple manifestation de volonté. Mais on peut conjecturer qu'il en fut autrement dans le très ancien droit civil. En faveur de cette opinion, il y a un texte de Paul (IV, § 21) dont toutefois la leçon est contestée. Si, comme les manuscrits semblent l'autoriser, on lit *si tantum adierint* au lieu de *nisi adierint*, ce texte signifiera que primitivement l'héritier légitime fut assimilé à l'héritier testamentaire institué *sub perfecta cretione*, et qu'en conséquence il devait, à peine d'exclusion, faire la *cretio dans les cent jours et ne* pouvait se contenter d'une simple adition. Mais en admettant, comme j'y suis porté, que cette doctrine rigoureuse ait existé à l'origine, elle avait certainement disparu à l'époque de Gaius (II, § 169).

(2) Ces différences séparent les *sui* non seulement des agnats, mais plus généralement de tous les autres héritiers légitimes. Si j'en place ici l'explication, c'est que parmi les héritiers légitimes externes l'ordre des agnats est certainement le plus important et le mieux connu de nous.

généralement les héritiers légitimes externes, transfèrent efficacement l'hérédité à un tiers qui se trouve dès lors investi des droits de propriété, des créances et des dettes du défunt, comme si lui-même eût été appelé à l'hérédité et l'eût acceptée (nº 475).

2º La dévolution d'un héritier à un autre héritier est impossible dans l'ordre des *sui*; dans l'ordre des agnats, elle n'est exclue par aucune nécessité logique. Ce qu'il faut entendre par cette dévolution (*successio*), le voici : en supposant que celui à qui l'hérédité a été une fois déférée la refuse ou devienne incapable de l'acquérir, doit-on dire que désormais elle est offerte à l'héritier du même ordre que sa présence écartait? Cette question, dis-je, ne se comprend pas à l'égard des *sui*, puisque l'hérédité leur est irrévocablement acquise aussitôt que déférée (L. 1 § 8, *De suis et leg. hered.*)(1). Mais elle se comprend à merveille dans l'ordre des agnats. Soit par exemple un frère et un neveu du défunt. Si le frère, seul appelé, car il est le plus proche, meurt avant d'avoir fait adition ou répudie, sa vocation passe-t-elle au neveu? A cette question le droit classique répond négativement, il repousse toute dévolution d'un agnat à un autre agnat (Gaius, III, §§ 12 et 22)(2). J'ai peine à croire pourtant qu'une telle doctrine, qui aurait eu pour conséquence d'exclure les agnats subséquents au profit des *gentiles*, évidemment moins favorables qu'eux, ait été admise dès l'origine; et je m'appuie surtout sur un texte de Paul (IV, 8 § 21), où nous lisons que, d'après l'ancien droit civil, la déchéance encourue par l'héritier légitime qui avait négligé de faire la *cretio* dans les cent jours du décès entraînait délation de l'hérédité aux *proximi*(3). Or ces *proximi*, n'en déplaise à d'éminents interprètes,

(1) Ceci n'est vrai qu'en droit civil. Mais bien évidemment l'abstention d'un *suus* devait ouvrir *jure prætorio* le droit de ses propres descendants de façon à les faire arriver comme agnats, puisqu'à leur défaut elle faisait arriver les simples agnats (t. II, p. 32, note 2).

(2) Un texte d'Ulpien (L. 2 § 7, *De suis et leg. her.*) paraît tout d'abord contredire ceux de Gaius. Voici les faits supposés par le jurisconsulte : répudiation de l'institué, puis mort du plus proche agnat, enfin mort de l'institué lui-même. Dans cette situation, Ulpien appelle l'agnat postérieur, ce qui au premier aspect ne semble s'expliquer que par l'idée d'une dévolution. Mais la difficulté est facile à résoudre si l'on remarque que dans l'espèce l'institué est grevé d'un fidéicommis universel, et qu'en conséquence, même après avoir répudié, il peut être contraint de faire adition sur la demande du fidéicommissaire. Or de cette circonstance, très expressément relevée dans le texte, il résulte que sa répudiation, n'ayant rien eu de définitif, n'a pas donné ouverture à l'hérédité légitime, et qu'en conséquence l'agnat qui était alors le plus proche et qui est mort depuis n'a jamais eu de vocation.

(3) Pour ceux qui acceptent la leçon *nisi adierint*, que j'ai précédemment indiquée

ne sauraient être les cognats, que le droit primitif n'appelait en aucun cas. Ce sont donc les héritiers du même ordre qui viennent à un degré inférieur (1). Subsidiairement, je m'autorise de l'existence même d'une controverse rapportée par Gaius (III, § 28). On discutait, dit-il, si dans la *bonorum possessio unde legitimi* la dévolution devait être admise d'un agnat à un autre : or, comme il est reconnu que le préteur, en créant cette *bonorum possessio*, n'avait fait que confirmer le droit civil et qu'il ne la donnait à personne qui ne fût appelé à l'hérédité légitime, une pareille controverse ne se comprend que comme vestige et témoignage de l'admission de la dévolution entre agnats d'après le droit primitif. Si plus tard elle fut rejetée, ce fut sans doute lorsque le *jus gentilitatis* fut tombé en désuétude, et que le préteur eut admis les simples cognats à succéder comme *bonorum possessores*, à défaut d'agnats. Un exemple fera comprendre le motif dont s'inspira cette jurisprudence nouvelle : supposons que le défunt laisse un frère, puis deux cousins au quatrième degré, l'un paternel, l'autre maternel, ou, si l'on aime mieux, un cousin paternel et un oncle maternel. Le frère venant à mourir sans avoir fait adition, la dévolution aurait pour effet de donner vocation au cousin paternel, seul agnat, à l'exclusion soit du cousin maternel qui est pourtant au même degré que lui, soit de l'oncle maternel qui est d'un degré plus proche. En rejetant la dévolution, on fait arriver ensemble les deux cousins, comme cognats du même degré, et on permet à l'oncle maternel de primer, comme plus proche cognat, le cousin paternel. L'ordre des affections naturelles se trouve ainsi mieux observé. Malgré l'équité de ces résultats, Justinien (§ 7 *sup.*) introduisit ou plutôt rétablit la dévolution dans l'ordre des agnats. Le motif qui le touche surtout, c'est qu'elle était admise en matière de tutelle (nº 131), et que dès lors il y avait inconséquence à la rejeter en matière de succession. Mais cette inconséquence ne me frappe pas : et en effet, s'il est naturel et même nécessaire que la disparition du plus proche agnat

(p. 29, note 1), Paul aurait en vue l'exclusion de l'héritier qui n'a point fait adition dans les cent jours que le préteur lui a donnés pour délibérer. Mais, le texte ainsi lu et entendu, la conclusion que j'en tire n'en vaut ni plus ni moins.

(1) Paul ne parle pas spécialement des agnats, mais bien de tous les héritiers légitimes non investis de plein droit. J'en conclus que la dévolution exista aussi dans l'ancienne succession des *gentiles*, et cela est d'autant plus croyable que, les *gentiles* formant le dernier ordre d'héritiers, la répudiation du premier appelé ou son décès survenant avant toute adition auraient eu pour conséquence, à défaut de dévolution, de faire mourir le défunt sans héritier ; ou du moins n'aurait-il pu en avoir un que par l'effet de l'usucapion *pro herede*.

transmette à l'agnat subséquent la tutelle d'un pupille encore vivant, c'est qu'elle lui transmet aussi l'espérance de succéder à ce pupille; mais les morts n'ont plus de tuteur, et par suite on ne conçoit aucune corrélation entre le droit à une succession déjà ouverte et la charge d'une tutelle devenue impossible (1).

3° La même raison qui exclut la dévolution dans l'ordre des *sui* empêche évidemment qu'elle ne s'opère des *sui* aux agnats (2). Tout au contraire la dévolution de l'ordre des agnats à l'ordre des *gentiles*, et, plus tard, à l'ordre prétorien des cognats, fut toujours admise. En pareil cas, pour déterminer quelles sont précisément les personnes appelées dans l'ordre auquel la succession est dévolue, il faut toujours se placer au moment même où l'ordre appelé en première ligne a fait défaut (arg. des lois 1 § 11 et 2 § 22, *Ad sct. Tertull.*, XXXVIII, 17) (3).

DES SUCCESSIONS LAISSÉES PAR LES AFFRANCHIS.

SOMMAIRE : I. De la succession des affranchis, telle qu'elle est organisée par les Douze Tables. — II. Modifications introduites par le préteur et par la loi Papia Poppæa. — III. Ce que deviennent les biens laissés par un Latin Junien ou un déditice. — IV. Réorganisation de la succession des affranchis par Justinien. — V. De l'*assignatio libertorum*.

I. — DE LA SUCCESSION DES AFFRANCHIS, TELLE QU'ELLE EST ORGANISÉE PAR LES DOUZE TABLES.

Lib. III, tit. VII, *De successione libertorum* pr. — Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto patronum suum impune testamento præterire; nam ita demum lex duodecim tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus,

Voyons maintenant ce qui concerne les biens des affranchis. Autrefois donc il était permis à l'affranchi qui testait d'omettre impunément son patron. Car la loi des Douze Tables n'appelait le patron à l'hérédité de l'affranchi qu'autant que celui-ci était mort intestat, ne laissant au-

(1) Si le motif donné par Justinien était exact, il prouverait sans réplique que son innovation n'est, comme je le crois, qu'un retour à la doctrine primitive.

(2) Malgré l'exactitude théorique de cette proposition, il est certain que l'abstention des *sui heredes* ouvre le droit des agnats (L. 6, C., *De leg. her.*, VI, 58). Mais elle ne l'ouvre que *jure prætorio*, puisque le *jus abstinendi* est une création prétorienne, et que celui qui en use conserve en droit civil la qualité d'héritier (n° 345).

(3) Je ne traiterai pas de la succession des *gentiles*, puisque l'état actuel des sources ne nous permet pas même de fixer avec certitude la notion exacte de la *gentilitas* (n° 96). Je me contente de faire remarquer que certainement les *gentiles* étaient héritiers externes.

nullo suo herede relicto : itaque intestato quoque mortuo liberto, si is suum heredem reliquisset, patrono nihil in bonis ejus juris erat. Et si quidem ex naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbatur querela; si vero adoptivus filius fuisset, aperte iniquum erat nihil juris patrono superesse (Gaius, III, §§ 39 et 40).

cun héritier sien. Donc, alors même que l'affranchi mourait intestat, s'il laissait un héritier sien, le patron n'avait aucun droit sur ses biens. Et à coup sûr, si cet héritier sien était un enfant selon la nature, il n'y avait pas lieu à critique ; mais, si c'était un enfant adoptif, la pleine exclusion du patron était d'une iniquité manifeste.

426. Quand on recherche ce que deviennent les biens d'un affranchi défunt, il faut avant tout distinguer si cet affranchi était citoyen romain, Latin Junien ou déditice. Les affranchis citoyens sont les seuls qui laissent une véritable hérédité et qui puissent avoir des héritiers ; et je n'ai pas besoin d'ajouter que ce sont les seuls aussi dont les Douze Tables s'occupèrent, puisque l'on n'en connaissait pas encore d'autres.

D'après cette loi, les affranchis testent avec une entière liberté, et à défaut de testament, leur succession légitime passe à leurs héritiers siens. Sur ces deux points, nulle distinction entre eux et les ingénus. Mais la ressemblance devait nécessairement s'arrêter là, puisque l'affranchi n'a pas d'agnats. Aussi, et c'est en quoi consiste le trait original de cette espèce de succession, à défaut d'héritiers siens, la loi appelle ici le patron et ses descendants (pr. *sup.*). Elle fait de ces personnes un ordre de successibles qui remplace l'ordre des agnats, et qui en conséquence est organisé sur le même modèle et recueille selon les mêmes règles, ainsi qu'il va être facile de s'en convaincre.

Et d'abord, si l'on examine la composition même de cet ordre d'héritiers, la ressemblance apparaît à trois points de vue : 1° de même qu'anciennement les agnats succédaient sans aucune distinction de sexes, de même ici ne fait-on aucune différence ni entre le patron et la patronne, ni entre le fils et la fille du patron (Gaius, III, §§ 46 et 49). La vocation héréditaire est donc pleinement indépendante du sexe de l'appelé ; 2° de même que ceux-là seuls succèdent à titre d'agnats qui au dernier moment de la vie du défunt se seraient trouvés avec lui sous la puissance de l'auteur commun encore vivant, de même parmi les descendants du *manumissor* on n'appelle que ceux qui, s'il n'y avait pas eu d'affranchissement, eussent été soumis en

même temps que l'affranchi, et au moment de sa mort, à la puissance du *manumissor* supposé vivant. Cette règle exclut absolument les descendants de la patronne, même ses enfants au premier degré; elle exclut aussi les petits-enfants et arrière-petits-enfants du patron par les filles et les descendants qu'il a émancipés ou donnés en adoption (Gaius, III, § 45); 3° de même qu'un agnat succède à son agnat sans avoir succédé à l'auteur commun, de même le droit des descendants du patron est indépendant de leur participation à la succession du *manumissor*. Et en conséquence, l'enfant régulièrement exhérédé conserve sa vocation à l'hérédité des affranchis de son père comme à celle de son frère, de même qu'en sens inverse l'héritier externe n'acquiert pas le moindre droit à la succession des affranchis du testateur (Gaius, III, § 58).

Que si l'on essaye de préciser les règles selon lesquelles le patron et ses descendants recueillent la succession de l'affranchi, ce sont exactement celles que j'ai déjà constatées pour les agnats : 1° la succession est toujours déférée au plus proche. Donc, en supposant qu'au décès de l'affranchi il reste d'un patron prédécédé un fils et un petit-fils issu d'un autre fils également prédécédé, le fils survivant exclut absolument le petit-fils (L. 23 § 1, *De bon. libert.*, XXXVIII, 2). Pareillement, étant donné deux patrons dont l'un survivant et l'autre prédécédé, le survivant écarte les enfants du prédécédé, et, par suite, si tous les deux sont morts laissant l'un un fils, l'autre un petit-fils, le petit-fils est sans droit (Gaius, III, § 60); 2° le partage se fait toujours par têtes. Cette règle s'applique d'abord lorsque la succession est dévolue à deux patrons qui avant l'affranchissement avaient sur l'esclave des droits inégaux (Gaius, III, § 59). Elle s'applique aussi lorsque, soit de plusieurs patrons, soit d'un seul, il reste plusieurs descendants au même degré, mais répartis en nombre inégal dans des souches différentes (Gaius, III, § 61. — L. 23 § 2, *De bon. libert.*); 3° le patron et ses descendants sont certainement des héritiers externes. D'où je conclus qu'ils transmettent efficacement leur vocation par une *in jure cessio* faite avant toute adition, et que la dévolution dut être admise entre eux aussi longtemps qu'elle le fut dans l'ordre des agnats (n° 425).

A. Je ferai remarquer, en terminant, que, d'après l'ancien droit civil, toutes les règles qui précèdent s'appliquent également à la succession laissée par un homme libre affranchi du *mancipium*. Assimilé à un esclave tant que durait cette puissance, il est nécessairement assi-

milé à un *libertus* quand elle est dissoute. D'où il suit qu'un enfant émancipé a pour héritiers, à défaut de *sui*, son père ou les autres descendants de son père, si la dernière mancipation a été faite *contracta fiducia*, sinon, le *manumissor extraneus* ou ses descendants. Mais on verra bientôt que dans la pratique, grâce à la *bonorum possessio unde decem personæ*, le droit du *manumissor extraneus* et de ses descendants était à peu près lettre morte (n° 443).

II. — MODIFICATIONS INTRODUITES PAR LE PRÉTEUR ET PAR LA LOI PAPIA POPPÆA.

Lib. III tit. VII, *De successione libertorum*, § 1. — Qua de causa, postea prætoris edicto hæc juris iniquitas emendata est. Sive enim faciebat testamentum libertus, jubebatur ita testari ut patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret, et si aut nihil aut minus parte dimidia reliquerat, dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiæ bonorum possessio; sive intestatus moriebatur, suo herede relicto filio adoptivo, dabatur æque patrono contra hunc suum heredem partis dimidiæ bonorum possessio. Prodesse autem liberto solebant ad excludendum patronum naturales liberi, non solum quos in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati et in adoptionem dati, si modo ex aliqua parte scripti heredes erant, aut præteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto petierant; nam exheredati nullo modo repellebant patronum (Gaius, III, § 41).

§ 2. — Postea lege Papia adaucta sunt jura patronorum qui locuple-

C'est pourquoi l'édit du préteur vint plus tard corriger cette iniquité du droit. Et, en effet, l'affranchi faisait-il un testament : il devait laisser au patron la moitié de ses biens, et dans le cas où il l'avait omis ou ne lui avait laissé qu'une part moindre, on donnait au patron une *bonorum possessio contra tabulas* pour obtenir cette moitié. L'affranchi mourait-il intestat et n'ayant d'autre héritier sien qu'un enfant adoptif : on donnait encore au patron une *bonorum possessio* pour obtenir la moitié contre cet héritier sien. Mais le patron était exclu par les enfants naturels, non seulement par ceux que l'affranchi avait en sa puissance au moment de sa mort, mais aussi par ceux qui avaient été émancipés ou donnés en adoption, pourvu qu'ils eussent été institués héritiers pour une part quelconque, ou qu'ayant été omis ils eussent demandé la *bonorum possessio contra tabulas* en vertu de l'édit; quand aux exhérédés, jamais ils n'écartaient le patron.

Plus tard la loi Papia augmenta les droits des patrons à l'égard des

tiores libertos habebant. Cautum est enim ut ex bonis ejus qui sestertium centum millium patrimonium reliquerat, et pauciores quam tres liberos habebat, sive is testamento facto *sive intestato mortuus erat*, virilis pars patrono deberetur. Itaque, quum unum quidem filium filiamve heredem reliquerat libertus, perinde pars dimidia debebatur patrono, ac si is sine ullo filio filiave testatus decessisset; quum vero duos duasve heredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono; si tres reliquerat, repellebatur patronus (Gaius, III, § 42).

affranchis qui avaient une certaine fortune. En effet, elle disposa que sur les biens de celui qui laisserait un patrimoine de cent mille sesterces et moins de trois enfants, soit *qu'il fût mort testat ou intestat*, une part virile serait due au patron. Donc, l'affranchi laissant pour héritier un seul fils ou une seule fille, une moitié était due au patron, tout de même que s'il n'eût laissé ni fils ni fille et eût fait un testament; que s'il avait pour héritiers deux fils ou deux filles, un tiers était dû au patron; si enfin il laissait trois enfants, le patron était exclu.

427. La législation des Douze Tables fut successivement modifiée par le préteur et par la loi Papia Poppæa, le préteur se proposant d'élargir et d'assurer mieux les droits du patron, la loi Papia d'encourager la procréation légitime.

Les innovations du préteur se réfèrent toutes au cas où le patron et l'affranchi sont l'un et l'autre du sexe masculin (Gaius, III, §§ 43 et 49. — Ulp., XXIX § 2). Et cela est facile à expliquer : si, d'une part, le préteur ne se préoccupe pas des intérêts de la patronne, c'est que, fidèle en cela au vieil esprit romain, il ne tient pas à assurer un patrimoine aux femmes. Son indifférence pour les descendants *per feminas*, qu'il se garde bien d'assimiler aux *sui* (n° 334), nous a déjà donné un témoignage évident de sa préférence pour le sexe masculin. Que si, d'autre part, il s'abstient de toute disposition relativement à l'hérédité de la femme affranchie, c'est qu'ici les intérêts du patron trouvaient une protection bien suffisante dans le droit ancien. De deux choses l'une, en effet : ou l'affranchie testait, ou elle ne testait pas. Si elle testait, elle avait besoin de l'*auctoritas* de son tuteur, qui était précisément son patron, et par conséquent elle ne le dépouillait pas malgré lui; si elle ne testait pas, comme elle ne pouvait pas avoir d'héritiers siens, ses enfants eux-mêmes étaient exclus par le patron appelé à lui succéder en première ligne.

Supposons donc un homme affranchi par un homme. D'une part, cet affranchi trouvait dans sa pleine liberté de tester le droit de dé-

pouiller capricieusement son patron, de le dépouiller même au profit d'un héritier externe; et, d'autre part, mourût-il intestat, la préférence absolue donnée aux héritiers siens, quels qu'ils fussent, entraînait encore exclusion du patron au profit de personnes dont la descendance était toute fictive, c'est-à-dire d'un enfant adoptif ou d'une femme *in manu* (Gaius, III, § 40). A ces iniquités le préteur remédia par les décisions suivantes : 1° s'il y a un testament, le patron n'est plus exclu que par les véritables descendants de l'affranchi, restés ou non en sa puissance, mais institués pour une part quelconque, ou qui peuvent, en cas d'omission, demander la *bonorum possessio contra tabulas*. Que si l'affranchi n'a pas de tels descendants ou s'il les exhérède, il doit laisser à son patron la moitié de ses biens, soit par voie d'institution, soit par une libéralité de dernière volonté quelconque; sinon, le patron est autorisé à demander cette moitié par une *bonorum possessio contra tabulas* qui lui est déférée du jour où l'institué fait adition (L. 3, § 12, *De bon. libert.*, XXXVIII, 2) (1); 2° à défaut de testament, tous les descendants naturels de l'affranchi, restés ou non en sa puissance, mais admis à demander la *bonorum possessio unde liberi*, excluent entièrement le patron ; mais en présence d'un enfant adoptif ou d'une femme *in manu*, il a droit à une *bonorum possessio dimidiæ partis ab* intestat (§ 1 *sup.* — Gaius, III, § 41. — Ulp., XXIX § 1) (2).

(1) En fait, sinon selon les principes du droit civil, il arrive en ce cas que l'affranchi meurt *partim testatus, partim intestatus*.

(2) Ulpien, dans un texte qui laisse beaucoup à désirer pour la clarté et la précision (L. 1, *De bon. libert.*, XXXVIII, 2), assigne à cette *bonorum possessio* l'origine suivante : autrefois, pour s'indemniser de la perte résultant de l'affranchissement, et aussi pour maintenir l'affranchi dans une complète dépendance, le patron le contraignait souvent de s'associer avec lui sous cette condition *si obsequium non præstaret libertus*. La condition accomplie avait alors pour effet de rendre les acquisitions faites par l'affranchi partageables entre lui et le patron. Cette société, d'autant plus étrange que pendant longtemps on contesta la validité des sociétés conditionnelles, fut consacrée et munie d'action par le préteur Rutilius. Ce magistrat croyait limiter ainsi les exigences jusque-là excessives des patrons. Mais plus tard cette société ayant été reconnue nulle, sans doute comme contractée sans liberté suffisante par l'affranchi (L. 46, *De oper. libert.*, XXXVIII, 1), les préteurs accordèrent soit *ab* intestat, soit *contra tabulas*, la *bonorum possessio dimidiæ partis*, qui en est une image, mais qui, au lieu de créer un droit exigible contre l'affranchi vivant, ne produit plus d'effet qu'après sa mort. Du moment que le patron fut ainsi investi d'un droit de succession indépendant de la volonté de l'affranchi, on put dire avec exactitude qu'une part des biens de ce dernier lui était due, et de cette idée qui s'accuse à chaque instant dans le langage des textes (*pars debita patrono*), on tira trois conséquences : 1° aux termes de l'édit, toutes aliénations, et, plus géné-

Ces droits que le préteur consacre au profit du patron, il les accorde aussi à ses fils et à ses autres descendants mâles *per masculos*. Mais, toujours moins favorable aux femmes qu'aux hommes, il laisse subsister l'ancien droit à l'égard des filles et autres descendantes du patron et même à l'égard de la patronne (Gaius, III, §§ 45, 46 et 49).

428. Quant aux innovations beaucoup plus compliquées de la loi Papia, pour s'en rendre compte il faut distinguer quel est le sexe de la personne qui affranchit et de la personne qui est affranchie. On arrive ainsi à quatre hypothèses :

1° *Affranchissement d'un homme par un homme.* — L'affranchi n'a-t-il qu'une fortune inférieure à cent mille sesterces : la loi Papia n'innove pas. Meurt-il, au contraire, avec une fortune supérieure ou égale à cent mille sesterces, il y a lieu de distinguer: s'il laisse au moins trois enfants, la législation antérieure est maintenue. S'il ne laisse qu'un ou deux enfants, soit qu'il ait testé ou qu'il meure intestat, le patron prend une part virile, c'est-à-dire une moitié en présence d'un seul enfant, un tiers en présence de deux enfants (§ 2 *sup.* — Gaius, III, § 42) (1).

ralement, tous actes par lesquels l'affranchi tendait frauduleusement à diminuer les droits de son patron purent être révoqués après sa mort, par l'action Faviana, s'il avait testé, par l'action Calvisiana, s'il était mort intestat, et cela sans distinguer si le tiers qui avait traité avec l'affranchi était ou non complice de la fraude. Il suffisait au patron d'établir le dol de l'affranchi. Bien mieux, lorsqu'il s'agissait d'une aliénation par legs ou donation *mortis causa*, elle était révoquée nonobstant la bonne foi de l'affranchi (L. 1 pr., §§ 1, 4 et 13; L. 3 §§ 2 et 3, *Si quid in fraud. patr.*, XXXVIII, 5. — L 2, C., *Si in fraud. patr.*, VI, 6). On se rappellera, au surplus, que les affranchissements qui nuisaient au patron étaient soumis à des règles spéciales (T. I, p. 159, note 2) ; 2° lorsque les biens de l'affranchi sont confisqués par suite d'une condamnation à une peine capitale, le fisc abandonne au patron la part que celui-ci eût pu réclamer sur sa succession (L. 7 § 1, *De bon. damn.*, XLVIII, 20) ; 3° lorsque l'affranchi n'institue le patron que pour la part qui lui est due, il ne peut pas, en principe, le grever de legs ou de fidéicommis (L. 60, *Ad sct. Trebell.*, XXXVI, 1). Toutefois on excepte ceux qui seraient adressés à des descendants naturels que l'affranchi aurait exhérédés, et plus généralement tous ceux que les enfants doivent acquitter quand ils arrivent par la *bonorum possessio contra tabulas* (L. 4 pr., *De cond. et dem.*, XXXV, 1. — L. 64 § 3, *Ad sct. Trebell.*, XXXVI, 1. — Voy. n° 448).

(1) Les aliénations par lesquelles l'affranchi faisait descendre son patrimoine au-dessous de cent mille sesterces étaient nulles de plein droit. Quant à celles qui tendaient seulement à diminuer l'importance de la part du patron, elles pouvaient être attaquées par les actions Calvisiana ou Faviana (L. 16 pr., *De jur. patron.*, XXXVII, 14). On remarquera dans le texte que je viens de citer le mot *centenarius* employé pour désigner l'affranchi qui a cent mille sesterces. Sous Justinien, ce mot changea de sens (n° 431).

Les mêmes dispositions furent appliquées aux fils du patron et à tous ses descendants mâles *per masculos* (Gaius, III, § 45). Quant à ses filles et autres descendantes, la loi Papia disposa que si elles avaient au moins trois enfants, elles pourraient demander la *bonorum possessio dimidiæ partis*, soit *ab* intestat, soit *contra tabulas*, dans les mêmes conditions où le préteur l'avait donnée au patron et à ses descendants mâles. Hors ce cas, la loi Papia ne fit rien pour elles (Gaius, III, § 46. — Ulp., XXIX § 5).

A. 2° *Affranchissement d'une femme par un homme*. — Ici, à l'exemple du préteur et pour les mêmes motifs, la loi Papia eût pu laisser subsister en entier le droit des Douze Tables, si elle-même n'avait créé un danger pour le patron en décidant que la femme affranchie, devenue mère de quatre enfants, échapperait à la tutelle et par conséquent acquerrait la capacité de tester seule. Si donc cette affranchie mourait sans testament, le patron continua de lui succéder, comme autrefois, par préférence à ses enfants eux-mêmes, car ils n'étaient pas héritiers siens. Que si elle avait testé, quelles que fussent ses dispositions, la loi assurait au patron une part virile calculée d'après le nombre des enfants laissés par la défunte. La même part était également réservée aux fils du patron et à ses autres descendants mâles *per masculos* (Gaius, III, §§ 44 et 45). Quant à ses descendantes, malgré les controverses que la rédaction négligée de la loi avait fait naître, deux points paraissent certains : c'est qu'elles ne pouvaient rien prétendre sans avoir le *jus liberorum*, et que, cette condition étant remplie, on leur reconnaissait les mêmes droits qu'au patron ou à ses descendants mâles, pourvu que l'affranchie défunte ne fût pas, elle aussi, investie du *jus liberorum*. Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque l'affranchie avait eu quatre enfants au moins, certains jurisconsultes niaient absolument le droit des descendantes du patron. Mais Gaius (III, § 47) distingue : en l'absence de testament, il leur donne une part virile, conformément, dit-il, au texte de la loi Papia (1); en présence d'un testament, il leur reconnaît le droit qui appartient au patron et à ses enfants mâles *contra tabulas liberti* (2).

(1) Cette décision était évidemment conçue en faveur des enfants de l'affranchie; car, ne pouvant faire valoir que leur qualité de cognats, d'après les principes anciens ils devaient être exclus par les descendantes du patron.

(2) Cela me paraît signifier qu'elles ont droit à une *bonorum possessio dimidiæ partis* lorsque le testament n'institue que des héritiers externes, et à une simple part virile lorsque la défunte, riche de cent mille sesterces au moins, ne laisse qu'un ou deux enfants et qu'elle les a institués.

A. 3° *Affranchissement d'un homme par une femme.* — Dans cette hypothèse la loi Papia n'innove qu'en faveur de la patronne qui a un certain nombre d'enfants, et elle distingue si cette patronne est elle-même affranchie ou ingénue. Affranchie, trois enfants lui donnent droit à la *bonorum possessio dimidiæ partis* dans tous les cas où l'édit l'accorde au patron lui-même ; ingénue, deux enfants suffisent à lui assurer cette même *bonorum possessio*, et trois enfants ou plus lui permettent de prendre, comme le patron, une part virile dans les biens de l'affranchi mort avec un ou deux enfants seulement et une fortune de cent mille sesterces (Gaius, III, § 50. — Ulp., XXIX §§ 6 et 7).

A. 4° *Affranchissement d'une femme par une femme.* — Dans cette dernière hypothèse le droit des Douze Tables conserve sa pleine application toutes les fois que l'affranchie meurt sans testament ou que la patronne est dépourvue du *jus liberorum*. Quant à la patronne qui a le nombre d'enfants voulu, la loi lui assure contre le testament qui la dépouille une *bonorum possessio dimidiæ partis* (Gaius, III, §§ 51 et 52) (1).

III. — CE QUE DEVIENNENT LES BIENS LAISSÉS PAR UN LATIN JUNIEN OU UN DÉDITICE.

Lib. III, tit. VII, *De successione libertorum*, § 4. — Sed hæc de iis libertinis hodie dicenda sunt qui in civitatem Romanam pervenerunt, quum nec sunt alii liberti, simul dedititiis et Latinis sublatis ; quum Latinorum legitimæ successiones nullæ penitus erant, qui, licet ut liberi vi-

Mais tout ce qui précède s'applique aujourd'hui aux successions des affranchis citoyens romains, car il n'y en a plus d'autres, les déditices et les Latins ayant été supprimés, tandis qu'autrefois les Latins ne laissaient jamais de succession légitime. En effet, bien qu'ils vécussent libres,

(1) Anciennement les droits de la patronne ne passaient jamais à ses enfants. Que fit ici la loi Papia? C'est ce qu'il est difficile de préciser. Le texte de Gaius, tel qu'on l'avait lu pendant longtemps, donnerait à croire qu'elle distinguait entre le fils et la fille de la patronne, excluant absolument le fils, et donnant à la fille, sous la condition d'avoir un seul enfant, des droits égaux à ceux du patron, plus forts par conséquent que ceux de la patronne. Mais ce sont là des résultats inadmissibles. On avait donc conjecturé que la fille de la patronne était traitée comme la patronne elle-même, et que ce que Gaius paraissait dire d'elle, il le disait en réalité du fils (Gaius, III, § 53). Sur ce dernier point, la conjecture a été mise hors de doute par les dernières tentatives faites pour déchiffrer le manuscrit de Vérone (voy. Studemund). Il est certain, au surplus, que les enfants de la patronne, quoique nés hors mariage, et même *vulgo quæsiti*, succédaient à ses affranchis, tandis que le droit des enfants du patron était toujours subordonné à leur légitimité (L. 18, *De bon. lib.*, XXXVIII, 2).

tam suam peragebant, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant, et, quasi servorum, ita bona eorum, jure quodammodo peculii, ex lege Junia manumissores detinebant. Postea vero senatusconsulto Largiano cautum fuerat, ut liberi manumissoris, non nominatim exheredati facti, extraneis heredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur. Quibus supervenit etiam divi Trajani edictum, quod eumdem hominem, si invito vel ignorante patrono ad civitatem venire ex beneficio principis festinavit, faciebat vivum quidem civem Romanum, Latinum vero morientem. Sed nostra constitutione, propter hujusmodi conditionum vices, et alias difficultates, cum ipsis Latinis etiam legem Juniam, et senatusconsultum Largianum, et edictum divi Trajani in perpetuum deleri censuimus, ut omnes liberti et civitate Romana fruantur, et mirabili modo, quibusdam adjectionibus, ipsas vias quæ in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam transposuimus.

en rendant le dernier soupir ils perdaient tout à la fois la vie et la liberté, et, comme s'ils fussent restés esclaves, leurs biens, d'après la loi Junia, appartenaient à celui qui les avait affranchis, par un droit semblable à celui du maître sur le pécule. Plus tard le sénatus-consulte Largien disposa que les enfants du patron, s'ils n'avaient pas été exhérédés nominativement, recueilleraient, par préférence aux héritiers externes, les biens du Latin. Vint ensuite un édit du divin Trajan, portant que le Latin qui, contre le gré ou à l'insu de son patron, aurait obtenu du prince le bienfait de la cité, continuerait de vivre citoyen Romain, mais redeviendrait Latin en mourant. Quant à nous, pour éviter ces changements de condition et pour trancher d'autres difficultés, nous avons, par notre constitution, supprimé les Latins, et du même coup abrogé définitivement la loi Junia, le sénatus-consulte Largien et l'édit du divin Trajan, de telle sorte que tous les affranchis jouissent aujourd'hui du droit de cité romaine et que, par un heureux procédé, ajoutant au droit ancien, nous avons consacré comme devant désormais conduire à la cité Romaine toutes les voies qui conduisaient jadis à la Latinité.

429. — *Des biens laissés par les Latins Juniens.* — Jusqu'à la loi Junia Norbana, qui la première déclara libres et Latins les esclaves affranchis sans formes solennelles ou par un simple propriétaire bonitaire, les biens acquis par eux ne constituaient en droit qu'un pécule révocable à la volonté du maître. De ce pécule, sans doute, le préteur leur assurait en fait la libre et pleine jouissance; mais cette protection, simple conséquence de celle qu'il accordait à leur personne

elle-même (nº 62), s'arrêtait nécessairement à leur mort; et le droit du maître recouvrant alors sa réalité, il venait très légitimement mettre la main sur toutes leurs acquisitions. A partir de la loi Junia Norbana, de tels affranchis eurent un patron au lieu d'un maître, un patrimoine au lieu d'un pécule. Donc, eux morts, selon la pure logique, leur ancien maître fût devenu inadmissible à prendre leurs biens comme siens. Aurait-il pu davantage y prétendre comme héritier d'après la législation des Douze Tables? Non; car, selon la remarque de Gaius, en assimilant ces affranchis à des ingénus devenus Latins par leur émigration dans une colonie latine, la loi créait une fiction qui semblait supprimer absolument les droits de patronage. Fallait-il donc, au nom de la logique, placer le patron de l'affranchi latin dans une condition inférieure à celle du patron de l'affranchi citoyen? La loi Junia Norbana ne l'entendit pas ainsi; elle voulut, au contraire, le traiter mieux, et pour cela elle décida expressément que les biens du Latin redeviendraient, au moment de sa mort, un véritable pécule, et qu'en conséquence ils feraient retour au patron selon le droit antérieur (1). Comme corollaire de cette règle, la loi défendit au Latin Junien de tester (nº 63). Ces dispositions, qui ont fait dire que l'affranchi latin vit libre et meurt esclave, furent plus tard étendues aux nouveaux affranchis latins que créa la loi Ælia Sentia (Gaius, III, § 56. — § 4 *sup.*).

Le droit du patron sur les biens de l'affranchi latin étant ainsi conçu comme une suite du droit de propriété qu'il est censé recouvrer ou avoir conservé sur la personne de l'affranchi mourant, je tire de ce point de vue plusieurs conséquences qui font antithèse aux règles posées pour la succession du patron à l'affranchi citoyen : 1º en cas de prédécès du patron, ses droits sont compris dans sa succession. Ils ne les transmet donc pas à ses descendants régulièrement exhérédés (2), et les transmet, au contraire, à ses héritiers externes (Gaius, III, § 58) (3); 2º en supposant deux patrons dont l'un survivant et l'autre prédécédé, les enfants ou autres héritiers de ce dernier concourent avec le sur-

(1) Il est du reste évident que, même en écartant cette disposition de la loi Junia Norbana, l'affranchi latin n'aurait pas pu avoir un héritier *ab intestat*; car il n'a ni enfants en puissance, ni agnats, ni *gentiles*.

(2) Ceci explique la loi 27, *De bon. lib.* (XXXVIII, 5), devenue inintelligible dans le droit de Justinien.

(3) On a vu précédemment (nº 344 *in fine*) que cette transmission s'opère même en faveur de l'héritier simplement nécessaire.

vivant; et de même, si les deux patrons sont prédécédés, laissant l'un un fils et l'autre un petit-fils *ex filio præmortuo*, ce fils et ce petit-fils, à moins que l'un des deux n'ait été exhérédé, viennent ensemble (Gaius, III, § 60). En d'autres termes, et pour généraliser, le plus proche n'exclut pas ici le plus éloigné; 3° étant donné deux patrons, s'ils avaient sur l'esclave des droits inégaux, la même inégalité se reproduit dans le partage des biens de l'affranchi, soit entre eux, soit entre leurs héritiers (Gaius, III, §§ 59 et 61). Pareillement, lorsque les descendants d'un même patron forment plusieurs souches, l'égalité règne entre les souches, et par conséquent ne règne pas nécessairement entre les individus. Et pour employer une formule plus générale, quand il y a plusieurs appelés, le partage ne se fait pas par têtes, mais proportionnellement au droit que chacun d'eux aurait aujourd'hui sur la personne de l'affranchi, si celui-ci était encore vivant et esclave; 4° les divers appelés n'ont ici aucune vocation au tout, et, par conséquent, l'un d'eux manquant, sa part, au lieu d'accroître aux autres, appartient au peuple (Gaius, III, § 62) (1); 5° il est évident, enfin, que le patron, n'étant tenu aux dettes de l'affranchi que par l'action *de peculio*, ne peut être poursuivi que dans l'année utile et condamné que dans la mesure de la valeur du pécule.

Parmi les déductions que je viens de tirer du principe général, la plus importante peut-être, celle qui marque le plus profondément la différence entre la succession de l'affranchi citoyen et l'attribution des biens laissés par un Latin Junien, c'est celle qui consiste à admettre ici, à défaut du patron, ses héritiers, quels qu'ils soient, eux tous, mais eux seuls. Cette règle, qui aboutissait tantôt à un partage entre des héritiers externes et les descendants du patron, tantôt à l'entière exclusion de ces derniers, fut modifiée, sous le règne de Claude, par le sénatus-consulte Largien. Désormais les héritiers externes durent être exclus des biens du Latin par tous les descendants que le patron n'avait pas exhérédés *nominatim* (§ 4 *sup.* — Gaius, III, § 63). Cette formule embrassait notamment les filles et les petits-enfants exhérédés *inter ceteros*, les descendants qui avaient usé du

(1) Cette attribution au peuple de la part du patron défaillant ne va pas sans difficulté. Elle est très logique, si l'on suppose que le patron est mort avant l'affranchi et que personne n'a recueilli ses biens. Mais du moment qu'il a survécu, n'a-t-il pas dû se trouver de plein droit investi de sa part dans les biens du Latin Junien, puisque cette part est réputée avoir toujours été sienne? Aussi croirais-je volontiers que l'hypothèse de son prédécès est la seule prévue par Gaius, dont le texte (*pro parte decedentis patroni*) se plie sans trop d'effort à cette interprétation.

jus abstinendi, et les émancipés qui, omis, n'avaient pas demandé la *bonorum possessio contra tabulas* (Gaius, IV, §§ 65 à 67) (1).

Reste à faire remarquer que si l'affranchi latin, comme cela arrivait facilement, mourait investi du droit de cité, il laissait alors une véritable succession soumise aux mêmes règles que s'il eût acquis d'un seul coup la liberté et la cité. Toutefois une constitution de l'empereur Trajan excepta le cas où il ne serait devenu citoyen que par l'effet d'un rescrit impérial rendu contre le gré ou à l'insu du patron. Ici, laissât-il des enfants, il était réputé mourir Latin Junien; et tout ce qu'on accordait, c'est qu'il avait pu tester à l'effet d'instituer son patron pour le tout et de lui donner un substitué (§ 4 *sup.* — Gaius, III, § 72). Mais l'application de cette constitution fut elle-même restreinte par un sénatus-consulte rendu sur la proposition d'Adrien, et statuant qu'à la condition de faire ultérieurement la *causæ probatio*, cet affranchi serait assimilé à l'affranchi citoyen romain. Sans cela, en effet, la faveur impériale qui lui avait accordé le *jus Quiritium* aurait tourné à son préjudice (Gaius, III, § 73).

430. A. — *Des biens laissés par les affranchis Déditices.* — Les Latins Juniens étant investis du *jus commercii*, il avait fallu une disposition expresse pour leur retirer la faculté de tester. Quant aux déditices, leur condition de pérégrins les rendait naturellement incapables de laisser une hérédité, soit testamentaire, soit légitime. Mais

(1) La rédaction du sénatus-consulte Largien manquait probablement de netteté. Car, selon le témoignage de Gaius, des controverses s'étaient élevées sur les trois questions suivantes : 1° ne transportait-il pas aux biens des Latins Juniens l'ensemble des règles admises pour l'hérédité des affranchis citoyens? Ainsi l'avait pensé Pégasus. Mais Gaius (III, § 71) rejette cette doctrine comme manifestement fausse, puisque les héritiers externes du patron, qui ne succèdent jamais à l'affranchi citoyen, recueillent les biens du Latin Junien toutes les fois que le patron a exhérédé ses enfants ou n'en a point laissé; 2° les descendants du patron par les filles doivent-ils exclure les héritiers externes? L'affirmative admise par Cassius était peu suivie, et Gaius (III, § 71) la condamne par cette raison décisive que le sénatus-consulte, en donnant la préférence aux héritiers externes sur les descendants exhérédés *nominatim*, témoigne assez haut qu'il n'entend créer aucun droit au profit des descendants que le testateur a toujours été libre d'omettre ; 3° lorsque le patron a laissé plusieurs descendants et un héritier externe, celui-ci étant pleinement exclu des biens du Latin, comment ses biens se partagent-ils entre les descendants? Gaius (III, § 70) rapporte, sans se prononcer lui-même, l'opinion de deux jurisconsultes. D'après Cœlius Sabinus, chaque descendant prenait une part virile du tout. Plus logiquement, ce me semble, Javolénus n'admettait l'égalité entre les descendants que dans la distribution de la part qui sans le sénatus-consulte aurait appartenu aux héritiers externes, le surplus devant, selon lui, se partager proportionnellement au droit héréditaire de chacun.

comme la loi Ælia Sentia, qui introduisit cette classe d'affranchis, ne leur refusait pas la capacité d'acquérir, elle dut statuer sur le sort de leurs biens après leur mort, et elle le fit par une distinction. De deux choses l'une, en effet : ou ces affranchis, abstraction faite du vice qui leur avait imprimé le caractère de déditices, auraient été citoyens romains, ou ils auraient été Latins Juniens. Au premier cas, la loi, sans leur reconnaître le droit de tester, attribua leurs biens au patron et aux descendants du patron, selon les règles exposées pour la succession des affranchis citoyens; au second cas, elle les attribua au patron ou à ses héritiers, selon les règles admises pour la dévolution des biens laissés par les Latins Juniens (Gaius, III, §§ 74 à 76) (1).

IV. — RÉORGANISATION DE LA SUCCESSION DES AFFRANCHIS PAR JUSTINIEN.

Lib. III, tit. VII, *De successione libertorum*, § 3. — Sed nostra constitutio, quam pro omnium notione Græca lingua, compendioso tractatu habito, composuimus, ita hujusmodi causas definivit, ut si quidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est, minus centum aureis habeant substantiam, sic enim legis Papiæ summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur (2), nullum locum habeat patronus in eorum successionem, si tamen testamentum fecerint : si autem intestati decesserint, nullo liberorum relicto, tunc patronatus jus, quod erat ex lege duodecim tabularum, integrum reservavit. Quum

Mais une constitution que nous avons rédigée en langue grecque pour la rendre intelligible à tous, et qui contient le résumé de toute la matière, a posé les règles suivantes : si l'affranchi ou l'affranchie ne sont pas *centenarii*, c'est-à-dire si leur fortune est inférieure à cent sous d'or, car nous avons entendu la somme fixée par la loi Papia en ce sens qu'un sou d'or doit être compté pour mille sesterces, le patron ne leur succédera aucunement, cela toutefois en supposant qu'ils aient testé : que s'ils meurent intestats, et sans laisser aucun descendant, le droit du patron subsiste entier, tel que l'établissait la loi des

(1) Gaius (III, § 76) constate que sur le second cas la loi Ælia Sentia n'était pas d'une clarté satisfaisante.

(2) Le sesterce équivalait à vingt et un centimes de notre monnaie, l'*aureus* à quinze francs environ, et, selon quelques auteurs, à vingt et un ou vingt-deux francs (t. I, p. 315, note 1). Cent mille sesterces représentent donc vingt et un mille francs, tandis que cent sous d'or font, selon les uns, quinze cents francs, et selon d'autres deux mille cent ou deux mille deux cents francs. Il ressort de là que Justinien ne se contente pas de substituer une dénomination à une autre; il réduit considérablement le chiffre adopté par la loi Papia.

vero majores centenariis sint, si heredes vel bonorum possessores liberos habeant sive unum, sive plures cujuscumque sexus vel gradus, ad eos successionem parentum deduximus, patronis omnibus una cum sua progenie semotis; sin autem sine liberis decesserint, si quidem intestati, ad omnem hereditatem patronos patronasque vocavimus. Si vero testamentum quidem fecerint, patronos autem vel patronas præterierint, quum nullos liberos haberent, vel habentes eos exheredaverint, vel mater sive avus maternus eos præterierit, ita ut non possint argui inofficiosa eorum testamenta, tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas non dimidiam, ut antea, sed tertiam partem bonorum liberti consequantur, vel quod deest eis ex constitutione nostra repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerit, ita sine onere, ut nec liberis liberti libertæve ex ea parte legata vel fideicommissa præstentur, sed ad coheredes hoc onus redundaret : multis aliis casibus a nobis in præfata constitutione congregatis, quos necessarios esse ad hujusmodi juris dispositionem perspeximus, ut tam patroni patronæque quam liberi eorum, nec non qui ex transverso latere veniunt usque ad quintum gradum ad successionem libertorum vocentur, sicut ex ea constitutione intelligendum est, ut, si ejusdem patroni vel patronæ, vel duorum vel duarum pluriumve liberi sint, qui proximior est ad liberti seu libertæ vocetur successionem, et in capita, non in stirpes di-

Douze Tables. Mais quand l'affranchi a plus de cent mille sesterces, s'il a des descendants pour héritiers ou pour *bonorum possessores*, soit qu'il y en ait un seul ou plusieurs, et quels que soient leur sexe et leur degré, c'est à eux que nous avons attribué la succession, les patrons étant tous exclus ainsi que leur postérité; au contraire, l'affranchi étant mort sans descendants et intestat, nous avons appelé les patrons ou les patronnes à l'hérédité entière. Que s'il a testé, mais omis son patron ou sa patronne, soit qu'il n'eût pas de descendants, soit qu'il les ait exhérédés, ou même, s'il s'agit d'une mère ou d'un aïeul maternel, qu'il les ait simplement omis, de telle façon que le testament ne puisse pas être attaqué comme inofficieux, alors en vertu de notre constitution le patron ou la patronne obtiendront par la *bonorum possessio contra tabulas*, non plus, comme autrefois, la moitié, mais le tiers des biens, ou le simple complément du tiers, si l'affranchi leur a laissé une part moindre, et cela sans charges, de sorte que les legs et fidéicommis laissés même aux enfants de l'affranchi ne soient pas acquittés sur ce tiers, mais grèvent pour le tout leurs cohéritiers. Dans cette même constitution nous avons rassemblé beaucoup d'autres cas qu'il nous a paru nécessaire de prévoir pour régler complètement la matière : et en effet la succession des affranchis n'est pas seulement déférée aux patrons et aux patronnes, mais aussi aux descendants de ces derniers et même à leurs collatéraux jusqu'au cinquième degré, ainsi que

vidatur successio, eodem modo et in eis qui ex transverso latere veniunt servando. Pene enim consonantia *jura ingenuitatis et libertinitatis in* successionibus fecimus.

le texte de la constitution le fera comprendre. Que s'il y a des descendants soit du même patron ou de la *même patronne, soit de deux patrons* ou patronnes, la succession de l'affranchi est dévolue seulement aux plus proches, et le partage se fait par têtes, non par souches, les mêmes règles devant être observées à l'égard des collatéraux. Car, en ce qui concerne les successions, nous avons établi un droit à peu près uniforme pour les ingénus et pour les affranchis.

431. Justinien, ne reconnaissant plus que des affranchis citoyens romains, abroge nécessairement la loi Junia, toute la portion de la loi Ælia Sentia relative aux biens des Latins et des déditices, le sénatus-consulte Largien, l'édit de Trajan et avec lui le sénatus-consulte qui l'avait modifié sous Adrien (Inst., § 4, *De suc. lib.*, III, 7). De plus, conformément à l'esprit général de sa législation, qui tend à consacrer l'égalité civile de l'homme et de la femme, il efface toute distinction soit entre le patron et la patronne ou leurs enfants, soit entre la succession du *libertinus* et celle de la *libertina*. Grâce à ces innovations, il établit ici un régime uniforme, plus équitable, sinon aussi simple, que celui des décemvirs. Malheureusement le texte original de la constitution qui exposait le droit nouveau ne nous est pas parvenu (1), et le résumé diffus qu'en donnent les Institutes (§ 3 *sup.*) ne répare pas cette perte. Ce qui est certain, c'est qu'il faut distinguer entre l'affranchi qui a testé et l'affranchi mort intestat.

1° *L'affranchi a testé.* — Ici le droit varie selon qu'il laisse une fortune inférieure ou supérieure à cent sous d'or, ou, comme parle Justinien, selon qu'il était *minor* ou *major centenario* (2). Les disposi-

(1) Les quatre derniers paragraphes de cette constitution ont été retrouvés sur un palimpseste à Vérone. Les vingt-trois premiers ont été restitués plus ou moins exactement d'après les Basiliques. C'est ainsi qu'elle figure au Code (L. 4, *De bon. lib. et jur. patr.*, VI, 4, édit. Kriegel).

(2) Cette distinction, que je reproduis telle qu'elle est aux Institutes, est évidemment mal posée. Car que décider, si l'affranchi laisse exactement cent sous d'or, ni plus ni moins ? La loi Papia avait été plus prévoyante et plus exacte (Gaius, III, § 42).

tions du *minor centenario* échappent, dans tous les cas et d'une manière absolue, à la critique du patron. Celles du *major centenario* n'y échappent qu'autant qu'il laisse des descendants institués ou qui arrivent à la succession par l'exercice de la *querela inofficiosi*. Que s'il n'a pas de descendants, ou s'il les a dépouillés par une exhérédation ou une omission régulières et en vertu d'une juste cause exprimée dans le testament, un tiers des biens est assuré au patron qui le réclame par une *bonorum possessio contra tabulas* et le recueille franc et quitte de tous legs (1).

2° *L'affranchi meurt intestat.* — Dans cette seconde hypothèse, la seule sur laquelle règne une obscurité réelle, Justinien prétend revenir au droit des Douze Tables en donnant absolument la préférence aux descendants du défunt sur le patron. Mais, tandis que les Douze Tables n'appelaient que les descendants en puissance, Justinien appelle sans distinction tous ceux qui sont libres au jour du décès, encore qu'ils soient nés en esclavage (Inst., § 10, *De grad. cogn.*, III, 6). C'est donc seulement lorsque l'affranchi est mort sans postérité que sa succession appartient au patron (2) ; que si celui-ci est prédécédé, son droit passe à ses descendants, et, à leur défaut, à ses collatéraux jusqu'au cinquième degré inclusivement (3). Au surplus, Justinien consacre ici l'exclusion des plus éloignés au profit des plus proches, ainsi que le partage par têtes, et la dévolution d'un degré à un autre (§ 7, *De leg. adgn. succ.*).

(1) La *bonorum possessio dimidiæ partis* du droit prétorien n'affranchissait pas le patron de tous les legs (p. 37, note 2 *in fine*). Quoique plus étendue que la *bonorum possessio tertiæ partis* de Justinien, elle pouvait donc se résoudre en un profit moindre.

(2) Beaucoup d'interprètes, se fondant sur un passage obscur de la constitution déjà citée (§ 11), prétendent que le patron était également exclu par les frères et sœurs et par les père ou mère de l'affranchi, s'ils étaient libres. Quoiqu'il ne soit guère permis d'exprimer une opinion en présence de textes aussi dépourvus de clarté que d'authenticité, je serais plus porté à croire que la pensée de Justinien est tout autre : il voudrait signifier que les enfants nés de l'affranchi depuis la *manumissio* auront aussi pour héritier légitime le patron de leur père, mais seulement lorsqu'ils ne laisseront eux-mêmes ni descendants, ni père ni mère, ni frères ni sœurs. Cette conjecture peut s'appuyer sur le § 23 de la même constitution.

(3) Le patron et la patronne ou leurs enfants remplacent pour l'affranchi l'ordre des agnats; leurs autres parents remplacent l'ordre des cognats. Telle est probablement la pensée de Justinien disant qu'il a réglé la succession des affranchis d'une manière à peu près identique à celle des ingénus.

V. — DE L'*assignatio libertorum.*

Lib. III, tit. VIII, *De assignatione libertorum*, pr. — In summa, quod ad bona libertorum, admonendi sumus censuisse senatum, ut, quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejusdem gradus sunt, æqualiter bona libertorum pertineant, tamen liceret parenti uni ex liberis adsignare libertum, ut post mortem ejus solus is patronus habeatur cui adsignatus est, et ceteri liberi qui ipsi quoque ad eadem bona, nulla adsignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in iis bonis habeant; sed ita demum pristinum jus recipiant, si is cui adsignatus est decesserit nullis liberis relictis.

Pour terminer en ce qui concerne les biens des affranchis, nous devons avertir qu'aux termes d'un sénatus-consulte, quoique les biens de l'affranchi appartiennent également à tous les descendants du patron qui se trouvent au même degré, il est néanmoins permis au père de famille d'assigner son affranchi à l'un de ces descendants, celui-ci devant à la mort du père devenir seul patron, et les autres descendants qui sans cette assignation eussent partagé les biens avec lui devant en être totalement exclus, et ne recouvrer leur droit régulier qu'autant que le bénificiaire de l'assignation viendrait à mourir sans descendants.

§ 1. — Nec tantum libertum, sed etiam libertam, et non tantum filio nepotive, sed etiam filiæ neptive adsignare permittitur.

L'assignation peut avoir pour objet non seulement un affranchi mâle, mais une femme; elle peut être faite au profit non seulement d'un fils ou d'un petit-fils, mais d'une fille ou d'une petite-fille.

§ 2. — Datur autem hæc adsignandi facultas ei qui duos pluresve liberos in potestate habebit, ut eis quos in potestate habet, adsignare ei libertum libertamve liceat. Unde quærebatur, si eum cui adsignaverit postea emancipaverit, num evanescat adsignatio? Sed placuit evanescere, quod et Juliano et aliis plerisque visum est.

La faculté de faire cette assignation n'appartient qu'à celui qui a deux ou plusieurs descendants en sa puissance, et elle ne peut être exercée qu'au profit de l'un des descendants en puissance. D'où la question suivante : l'assignation s'évanouit-elle, si le père vient à émanciper celui au profit de qui il l'a faite? Et l'on a admis, conformément à l'opinion de Julien et du plus grand nombre, qu'elle s'évanouit.

§ 3. — Nec interest testamento quis adsignet, an sine testamento;

Il n'importe que l'assignation soit faite par testament ou sans testa-

sed etiam quibuscumque verbis patronis hoc permittitur facere ex ipso senatusconsulto, quod Claudianis temporibus factum est, Suillo Rufo et Osterio Scapula consulibus.

ment; les patrons peuvent même la formuler en termes quelconques, ainsi que le décide un sénatus-consulte rendu à l'époque de Claude, sous le consulat de Suillus Rufus et d'Ostérius Scapula.

432. On a vu plus haut (nº 426) qu'en cas de prédécès du patron ses droits à la succession de l'affranchi, et plus généralement ses droits de patronage, se transmettent d'une manière égale à ses descendants les plus proches. Jusqu'au règne de Claude, cette règle paraît avoir été d'ordre public; mais à cette époque un sénatus-consulte permit au patron d'attribuer exclusivement ses droits à l'un ou à quelques-uns de ses descendants, et c'est cette attribution exclusive qu'on appelle *assignatio liberti* (L. 1 pr., *De assig. lib.*, XXXVIII, 4). Pour la concevoir, il faut donc supposer que le patron laisse au moins deux descendants (§ 2 *sup.*).

L'*assignatio liberti* résulte d'une volonté manifestée d'une façon quelconque, même verbalement ou par signe; elle peut être affectée d'un terme ou d'une condition (1); et comme les *jura patronatus*, transmissibles même aux enfants exhérédés, ne sont évidemment pas compris dans l'hérédité du patron, elle ne constitue pas une libéralité de dernière volonté, donc ne saurait être grevée d'aucune charge ni s'imputer sur la quarte falcidie (§ 3 *sup.* — L. 1 § 3; L. 7; L. 10 pr., *De assig. lib.*).

Pour faire valablement l'*assignatio liberti*, il faut tout à la fois avoir eu soi-même la puissance sur l'affranchi assigné et avoir actuellement en sa puissance médiate ou immédiate le descendant auquel on l'assigne. L'*assignatio liberti* dérive donc d'abord de la qualité de *manumissor*, et partant ne peut jamais être faite par les descendants du patron défunt, pas même par ceux qui tiennent de lui le bénéfice d'une pareille *assignation* (L. 8, *De assig. libert.*). Mais elle dérive aussi de la puissance paternelle, et de là plusieurs conséquences : 1º elle est possible, quel que soit le sexe ou le degré du descendant qui doit en profiter (§ 1 *sup.*); 2º elle peut être faite également en faveur d'un descendant exhérédé (L. 1 § 5, *De assig. lib.*); 3º en principe, elle n'est point admise au profit d'un émancipé

(1) Je n'entends parler ici que du *dies a quo* et de la condition *sub qua* (L. 13 § 3, *De assig. lib.*).

(§ 2 *sup.*) (1) ; 4° même dans la législation des Institutes, qui assimile les enfants de la patronne aux enfants du patron, il ne paraît pas que la patronne ait le droit de faire cette *assignatio*.

Quant aux effets de l'*assignatio liberti* en ce qui concerne spécialement la succession de l'affranchi, quatre règles vont les résumer et les circonscrire : 1° faite au profit de l'un des descendants les plus proches, elle écarte le concours des autres descendants du même degré ; faite au profit d'un descendant qui serait exclu par de plus proches, elle lui permet de les exclure lui-même (L. 3 § 1, *De assig. lib.*) (2) ; 2° en supposant plusieurs bénéficiaires de l'*assignatio*, s'il y en a un qui répudie la succession de l'affranchi, qui meure ou qui perde le droit de cité avant d'avoir recueilli, son droit accroît aux autres (L. 3 § 7 ; L. 4 ; L. 5 pr., *De assig. lib.*) ; 3° s'il n'y a qu'un seul bénéficiaire, ou si tous meurent, perdent le droit de cité ou répudient, leur vocation privilégiée se transmet à leurs descendants, de telle façon pourtant que les plus proches soient absolument préférés aux plus éloignés (L. 5 §§ 1 et 2, *De assig. lib.*) ; 4° l'*assignatio* ne nuit jamais aux descendants d'un autre patron. Si donc on suppose que deux patrons prédécédés ont laissé l'un un fils, l'autre deux fils à l'un desquels il a assigné l'affranchi, la disposition aura bien pour effet d'attribuer exclusivement au bénéficiaire les deux tiers qu'il aurait dû partager avec son frère, mais elle n'enlèvera pas son tiers au fils de l'autre patron. Que si, dans la même hypothèse, le bénéficiaire décède laissant un fils, celui-ci ne pourra plus recueillir qu'une moitié, parce que désormais le fils de l'autre patron se trouve régulièrement appelé à prendre lui-même une moitié (L. 1 § 8 ; L. 2, *De assig. lib.*).

L'*assignatio liberti* peut être révoquée expressément ou tacitement. La révocation expresse résulte d'une déclaration de volonté faite dans une forme quelconque (L. 1 § 4, *De assig. lib.*). La révocation tacite a lieu nécessairement lorsque le père fait sortir son enfant de la famille en l'émancipant ou en le donnant en adoption

(1) Par exception, le père émancipateur qui a encore au moins deux enfants en puissance peut assigner l'affranchi tout à la fois à l'un d'eux et à l'émancipé (L. 9, *De assig. lib.*).

(2) Toutefois l'assignation faite au profit d'un petit-fils encore *in potestate patris* profite par voie de conséquence à son père ; mais c'est bien au petit-fils lui-même qu'appartient la vocation à l'hérédité de l'affranchi, et il y a là une véritable singularité ; car les successions légitimes du droit ancien ne pouvaient jamais être dévolues qu'à des personnes *sui juris* (n°s 418 et 439).

(§ 2 *sup.*) ; elle peut aussi, selon les circonstances, résulter de l'exhérédation (L. 1 § 5, *De assig. lib.*).

L'*assignatio liberti* s'évanouit également lorsque le patron survit à l'affranchi ou que tous ceux au profit de qui elle est faite répudient, meurent ou perdent le droit de cité, sans laisser aucun descendant (pr. *sup.*).

DES SUCCESSIONS NOUVELLES CRÉÉES PAR LE SÉNAT OU LES EMPEREURS.

SOMMAIRE : I. Du sénatus-consulte Tertullien ou de la succession d'une mère à ses enfants. — II. — Du sénatus-consulte Orphitien, ou de la succession des enfants à leur mère. — III. De la succession laissée par un enfant émancipé ou par un fils de famille. — IV. Comparaison des successions anciennes et des successions nouvelles.

Lib. III, tit III, *De senatusconsulto Tertulliano*, pr. — Lex duodecim tabularum ita stricto jure utebatur, et præponebat masculorum progeniem, et eos, qui per feminini sexus necessitudinem sibi junguntur, adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendæ jus daret, nisi quod prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem, bonorum possessione *unde cognati* accommodata, vocabant.

§ 1. — Sed hæ juris angustiæ postea emendatæ sunt. Et primus quidem divus Claudius matri, ad solatium liberorum amissorum, legitimam eorum detulit hereditatem.

§ 2. — Postea autem senatusconsulto Tertulliano, quod divi Adriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, non etiam aviæ, deferenda cautum est : ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestatorum mortuorum, licet in po-

La loi des Douze Tables était tellement stricte, elle avait une telle préférence pour les descendants par les mâles et repoussait à tel point ceux qui n'étaient unis que par la parenté féminine, qu'elle n'établissait aucun droit d'hérédité réciproque entre la mère elle-même et le fils ou la fille. Seulement les préteurs appelaient ces personnes à se succéder par la *bonorum possessio unde cognati* fondée sur la proche parenté.

Mais ces rigueurs du droit furent corrigées plus tard. Et le divin Claude, le premier, pour consoler une mère de la perte de ses enfants, lui déféra leur hérédité légitime.

Puis, le sénatus-consulte Tertullien, rendu à l'époque du divin Adrien, formula les dispositions les plus complètes dans le but de déférer cette douloureuse succession à la mère, mais non à l'aïeule. Il décida que la femme mère ou réputée mère de trois enfants, si elle était ingénue, de quatre enfants, si elle

testate parentis est, ut scilicet, quam alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat hereditatem cujus juri subjecta est.

était affranchie, serait admise à la succession de ses fils ou filles morts intestats, et cela quand même elle se trouverait soumise à la puissance paternelle, mais sous la condition, en ce dernier cas, de ne faire adition que par l'ordre de son père.

§ 3. — Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt, quive suorum loco sunt, sive primi gradus, sive ulterioris. Sed et filiæ suæ mortuæ filius vel filia opponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est, aviæ suæ. Pater quoque utriusque, non etiam avus vel proavus, matri anteponitur, scilicet quum inter eos solos de hereditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii quam filiæ excludebat matrem : soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur; sed si fuerant frater et soror consanguinei, et mater liberis honorata, frater quidem matrem excludebat, communis autem erat hereditas ex æquis partibus fratris et sororis.

Mais la mère est primée par les descendants du défunt, siens ou assimilés aux siens, quel que soit leur degré. Des constitutions veulent même que le fils ou la fille d'une femme décédée *sui juris* soient préférés à la mère de la défunte; c'est-à-dire à leur aïeule. Pareillement la mère est primée par le père du défunt ou de la défunte, mais non par son grand-père ou son arrière-grand-père, cela toutefois lorsque le concours s'établit directement entre eux. Quant au frère consanguin du défunt ou de la défunte, il excluait aussi la mère, tandis que la sœur consanguine concourait avec elle; que s'il y avait à la fois un frère et une sœur consanguins, la mère investie du *jus liberorum* était exclue par le frère, mais l'hérédité se partageait également entre le frère et la sœur.

§ 4. — Sed nos constitutione quam in codice nostro nomine decorato posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam et puerperium et periculum et sæpe mortem ex hoc casu matribus illatam ; ideoque impium esse credidimus casum fortuitum in ejus admitti detrimentum. Si enim ingenua ter vel libertina quater non peperit, immerito defraudabatur successione suorum liberorum; quid enim peccavit, si non plures, sed

Pour nous, dans une constitution insérée dans notre code, prenant en considération les sentiments naturels, les labeurs de l'enfantement, le péril et parfois même la mort qui en résultent pour les mères, nous avons cru devoir venir à leur secours; et il nous a paru dur de faire tourner contre elles une circonstance toute fortuite. Si, en effet, une femme ingénue n'avait pas eu au moins trois enfants, et une affranchie au moins quatre, elle était injustement frus-

paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus, sive ingenuis, sive libertinis, etsi non ter enixæ fuerint vel quater, sed eum tantum vel eam qui quæve morte intercepti sunt, ut et sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.

trée de la succession de ses enfants ; mais était-elle donc répréhensible pour n'être pas devenue mère un plus grand nombre de fois? Aussi avons-nous pleinement accordé le droit de succession légitime aux mères, soit ingénues, soit affranchies, et cela bien qu'elles n'aient mis au monde ni trois, ni quatre enfants, mais seulement le défunt ou la défunte.

§ 5. — Sed quum antea constitutiones, jura legitimæ successionis perscrutantes, partim matrem adjuvabant, partim eam prægravabant, et non in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus, tertiam ei partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant, nobis visum est recta et simplici via matrem omnibus personis legitimis anteponi, et sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere, excepta fratris et sororis persona, sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes, ut, quemadmodum eam toti alii ordini legitimo præposuimus, ita omnes fratres et sorores, sive legitimi sint, sive non, ad capiendas hereditates simul vocemus; ita tamen ut, si quidem solæ sorores adgnatæ vel cognatæ et mater defuncti vel defunctæ supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant, si vero matre superstite et fratre vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus, sive legitima, sive sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur, in capita distribuatur ejus hereditas.

Mais tandis que les constitutions antérieures, réglant minutieusement les droits de succession légitime, tantôt favorisaient la mère, tantôt lui étaient défavorables et ne l'appelaient pas au tout, mais dans quelques cas lui enlevaient un tiers en faveur de certains héritiers légitimes, et dans d'autres cas faisaient le contraire, nous avons cru plus droit et plus simple de préférer la mère à tous les héritiers légitimes, sauf les frères et sœurs consanguins ou simplement cognats. De cette façon, de même que nous la faisons passer avant tous les héritiers légitimes, de même, s'il y a des frères ou sœurs, soit que la loi les appelle ou non, nous leur donnons vocation en concours avec elle ; de telle sorte pourtant que s'il y a seulement des sœurs, soit agnates, soit cognates, la mère du défunt ou de la défunte prenne une moitié, l'autre moitié se partageant entre toutes les sœurs, et que, si en présence de la mère survivante il y a seulement un frère ou des frères ou bien avec eux des sœurs, sans distinguer si ces personnes sont agnates ou cognates, l'hérédité de l'intestat se partage par têtes.

§ 6. — Sed quemadmodum nos

Mais si nous veillons à l'intérêt

matribus prospeximus, ita eas oportet suæ soboli consulere : scituris eis quod, si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti vel excusati intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione repellentur.

des mères, elles doivent veiller à celui de leur postérité. Qu'elles le sachent donc : elles seront écartées de la succession de leurs enfants décédés impubères, si elles ont négligé de leur faire nommer des tuteurs ou de solliciter dans l'année le remplacement des tuteurs destinés ou excusés.

§ 7. — Licet autem vulgo quæsitus sit filius filiave, potest tamen ad bona ejus mater ex Tertulliano senatusconsulto admitti.

Au reste, même quand il s'agit d'un fils ou d'une fille sans père certain, la mère peut lui succéder d'après le sénatus-consulte Tertullien.

433. D'après le droit des Douze Tables, jamais une mère ne succédait à ses enfants en sa seule qualité de mère, ni les enfants à leur mère en leur seule qualité d'enfants. Pendant plusieurs siècles, cette rigueur trouva un correctif à peu près suffisant dans l'usage universel de la *manus*, qui, faisant de la mère la sœur de ses enfants, créait entre elle et eux un droit de succession réciproque dans l'ordre privilégié des consanguins, c'est-à-dire au plus proche degré des agnats (Gaïus, III, § 24). Mais à mesure que la *manus* devint plus rare, l'iniquité descendit de la théorie dans la pratique. Sans doute elle y fut quelque peu tempérée par la *bonorum possessio unde cognati* que le préteur promettait soit à la mère, soit aux enfants, à raison de leur cognation (pr. *sup.*). Mais, le préteur n'appelant jamais les cognats qu'à défaut d'agnats, il arrivait que, quoique parents en ligne directe et au premier degré, la mère et le fils pouvaient néanmoins se trouver exclus de la succession l'un de l'autre par de simples collatéraux nécessairement plus éloignés qu'eux, puisqu'il n'y a pas de premier degré en ligne collatérale. Parfois la toute-puissance des empereurs écartait ces résultats, comme le fit Claude en attribuant à une mère l'hérédité légitime de ses enfants (§ 1 *sup.*). Mais de telles décisions n'avaient que la portée d'une faveur individuelle : pour redresser une injustice, elles en commettaient une autre en brisant des droits légalement acquis ; et ce qui est plus grave, elles aboutissaient à énerver le sens moral, comme le fait toujours un législateur qui juge son œuvre mauvaise et qui ne la corrige pas. Il faut arriver au second siècle de l'ère chrétienne pour trouver une véritable réforme législative : elle fut l'œuvre des sénatus-consultes Tertullien et Orphitien.

Le sénatus-consulte Tertullien, le plus ancien des deux, appela

a mère à la succession de ses enfants prédécédés (1). Mais il ne créa aucun droit nouveau pour les autres ascendants ou ascendantes de la ligne maternelle ni pour les ascendantes paternelles (§ 2 *sup.*). Examinons successivement à quelles conditions la vocation de la mére est subordonnée et quelles personnes l'excluent.

434. *Conditions de la vocation de la mère.* — Conçu dans un esprit semblable à celui des lois caducaires, le sénatus-consulte Tertullien se proposa bien moins de reconnaître le droit naturel de la mère que de récompenser sa fécondité. Aussi subordonna-t-il expressément sa vocation à la possession du *jus liberorum* acquis par la procréation successive de trois ou de quatre enfants, selon qu'elle était ingénue ou affranchie (§ 2 *sup.*) (2). Une seconde condition que le sénatus-consulte n'eut pas besoin d'exprimer, c'est que l'enfant défunt devait être ingénu, sans quoi le droit de la mère s'effaçait forcément devant celui du patron ou de ses descendants; et même, ceux-ci manquant, une parenté qui avait commencé entre personnes esclaves (*cognatio servilis*) n'engendrait à l'époque classique aucun droit de succession (L. 10, § 5, *De grad.*, XXXVIII, 10). Pareillement, le sénatus-consulte put sous-entendre qu'il statuait seulement sur la succession d'un enfant mort *sui juris*, puisque jusqu'à Justinien les fils de famille restèrent incapables d'avoir des héritiers *ab intestat* (n° 388).

Telles sont les trois conditions générales auxquelles est subordonnée la vocation de la mère. Mais une autre condition toute spéciale fut imposée par des constitutions impériales à la mère dont l'enfant était impubère : elle devait, pourvu qu'elle fût elle-même majeure de vingt-cinq ans, lui faire nommer un tuteur ou poursuivre le remplacement du tuteur destitué ou excusé (n° 135, *in fine*); faute d'avoir satisfait à cette obligation (3), la succession *ab intestat* de son enfant mort avant la puberté lui échappait (L. 2, § 1, *Qui pet. tut.*, XXVI,

(1) Les Institutes (§ 2 *sup.*) font remonter ce sénatus-consulte à l'époque d'Adrien. Mais comme on trouve, à la date de l'année 158, un consul Tertullus, quelques interprètes pensent que le nom d'Adrien désigne ici son fils adoptif, Antonin le Pieux. Cette conjecture expliquerait le silence de Gaïus qui, contemporain d'Antonin le Pieux, aurait écrit probablement avant le sénatus-consulte.

(2) La mère pouvait se prévaloir même de ses enfants déjà morts. Mais trois ou quatre enfants nés d'une seule ou de deux gestations ne lui eussent pas suffi. Ce qu'on exigeait, c'était donc bien moins un certain nombre d'enfants qu'un certain nombre d'accouchements heureux. Au surplus, une femme sans enfants pouvait obtenir le *jus liberorum* par rescrit impérial (Paul, IV, 9, §§ 1, 2, 3 et 9).

(3) D'après les Institutes (§ 6 *sup.*), un délai d'un an serait accordé à la mère pour veiller à la nomination du tuteur. La vérité est qu'elle doit agir, en principe,

6. — L. 2, § 23, *Ad sct. Tert.*, XXXVIII, 17. — L. 2, C., *Si adv. del.*, II, 35). Au surplus, on ne distingue pas si la mère est *sui juris* ou *alieni juris* (§ 2 *sup.*) ; si elle est ingénue ou affranchie (L. 2 pr., *Ad sct. Tertull.*) ; si elle a la pleine jouissance de ses droits ou si elle est infâme (L. 2, § 4, *Ad. sct. Tertull.*) (1) ; ni, enfin, si l'enfant défunt était légitime ou naturel, même *vulgo quæsitus* (§ 7 *sup.*).

Personnes qui excluent la mère. — Distinguons trois hypothèses :

1° *Le défunt laisse des descendants.* — S'agit-il de descendants compris parmi les *sui heredes* ou assimilés aux *sui :* la mère est totalement exclue, à moins que les premiers ne s'abstiennent ou que les autres ne répudient (L. 2, §§ 8 et 14, *Ad sct. Tertull.*). S'agit-il, au contraire, d'un descendant qui actuellement se trouve *in adoptiva familia :* à défaut d'agnats, il partage avec la mère, l'un et l'autre étant cognats du défunt au premier degré. Que s'il y a des agnats, il est exclu par eux, et en conséquence la question ne se pose plus entre la mère et lui, mais bien entre la mère et les agnats (L. 2, § 9, *Ad sct. Tertull.*). Tout ceci suppose un défunt du sexe masculin. Si la succession ouverte est celle d'une femme, comme alors il n'est plus question de *sui heredes,* la mère, d'après les principes, concourt avec les descendants du premier degré et exclut les autres.

2° *Le défunt laisse un ascendant paternel.* — Cet ascendant est-il le père : il est préféré à la mère, soit comme héritier, s'il a émancipé le défunt *contracta fiducia*, soit, dans l'hypothèse contraire, comme *bonorum possessor* (L. 10, *De suis et leg. her.*, XXXVIII, 16. — L. 2, § 16, *Ad sct. Tert.*). L'ascendant survivant est-il un grand-père ou un arrière-grand-père : ici, eût-il lui-même émancipé l'enfant *contracta fiducia*, la préférence est invariablement donnée à la mère (L. 2, § 15, *Ad sct. Tert.*). D'où l'on se demande ce qui doit arriver lorsque le défunt laisse à la fois son père et son aïeul, ce dernier étant l'auteur de l'émancipation? Et l'on décide que l'aïeul écarte la mère : autrement, la question de préférence se posant entre elle et le père, c'est celui-ci qui serait appelé ; et alors, s'il est *in potestate*, il acquerrait pour le compte de l'aïeul qu'on aurait ainsi vainement écarté ; s'il est *sui juris*, la présence de la

aussitôt que cela lui est possible, et que le délai d'un an ne lui est accordé qu'en cas d'obstacles considérables (L. 2, § 43, *Ad sct. Tertull.*).

(1) Suétone (*Domit.*, 8) rapporte que Domitien avait ôté aux femmes notées d'infamie le *jus capiendi legata vel hereditates*. Adrien déclara cette décision applicable même aux libéralités laissées dans un testament militaire (L. 41, § 1, *De test. mil.*, XXIX, 1. — L. 3 pr., *Si a par. manum.*, XXXVII, 12).

mère, qui ne recueille rien, n'aurait servi qu'à dépouiller l'aïeul (L. 5, § 2, *Ad sct. Tertull.*). Mais cette préférence donnée à l'ascendant sur la mère suppose qu'il n'a pas lui-même changé de famille. Que s'il est émancipé ou *in adoptiva familia*, de deux choses l'une : ou il y a des agnats, ou il n'y en a pas. S'il y en a, c'est entre eux seuls et la mère que la question de préférence s'élève ; s'il n'y en a pas, le père arrive, mais à titre de simple cognat, et comme il est au même degré que la mère, la succession se partage entre eux (L. 2, §§ 17 et 18, *Ad sct. Tert.*).

Le défunt laisse des agnats. — La règle est que la mère les prime tous à l'exception des consanguins. Parmi ceux-ci il faut distinguer : s'il y a seulement des frères ou tout ensemble des frères et des sœurs, la mère est entièrement écartée ; s'il n'y a que des sœurs, elle leur enlève une moitié (§ 3 *sup.* — Ulp., XXVI, § 8).

En résumé, la mère est donc primée par les descendants du défunt, par son père et par ses frères consanguins. Mais cela suppose que le concours s'établit directement entre elle et eux, ou, en d'autres termes, que nul ne leur est préférable à eux-mêmes, soit d'après le droit civil, soit d'après le droit prétorien (§ 2 *sup.*)

435. Les Institutes nous avertissent que la législation classique n'arriva pas intacte jusqu'à Justinien (§ 5 *sup.*). Les empereurs Constantin, Valentinien I et Valens, Théodose II et Valentinien III la modifièrent par trois constitutions datées des années 321, 369 et 426. (L. L. 1, 2, 7, C. Th., *De leg. her.*, V, 1). Aucune des trois n'est tout à fait claire, les deux dernières sont fort obscures. Je vais en indiquer les décisions, sans discussion ni critique, telles que les entendent en général les interprètes modernes.

A. Les droits de la mère sont tout à la fois augmentés et diminués par Constantin. En effet, dépourvue du *jus liberorum*, elle ne sera plus absolument exclue par les agnats, si ce n'est par les frères ou sœurs : à tous autres elle enlèvera le tiers de la succession. Mais en sens inverse, si elle a le *jus liberorum*, elle laisse un tiers à certains collatéraux qu'elle excluait autrefois, savoir les oncles paternels agnats ou émancipés, et à leur défaut leurs enfants ou petits-enfants. Le droit que cette seconde décision conférait aux oncles paternels émancipés n'était point accordé aux frères émancipés qui pourtant les priment dans l'ordre des cognats. De là la constitution de Valentinien I et de Valens. Désormais les frères émancipés durent concourir avec la mère par préférence à tous les oncles paternels, et lui prendre un tiers, si elle avait le *jus liberorum*, et deux tiers si elle ne l'avait

pas (1). Jusqu'à présent nous ne voyons pas que les oncles paternels émancipés obtiennent quelque chose quand la mère n'a pas le *jus liberorum*. Les deux tiers qui lui échappent alors sont recueillis par les frères émancipés ou par les agnats. La constitution de Théodose II et de Valentinien III corrige cette bizarrerie, mais en même temps elle paraît restreindre les droits antérieurement accordés aux oncles paternels agnats et aux frères émancipés. En décidant, d'une manière générale, que même dans le cas où la mère est dépourvue du *jus liberorum*, les frères émancipés, les oncles agnats ou non, et à leur défaut leurs enfants ou petits-enfants, n'auront qu'un tiers. Si telle est bien la pensée de la constitution, il en faut conclure qu'à plus forte raison le droit des simples agnats qui arrivent à défaut des personnes précédemment désignées se réduit désormais à un tiers.

Ajoutons que les princes chrétiens préférèrent absolument les descendants à la mère. Elle ne concourra donc plus, dans la succession de sa fille, avec les enfants de la défunte et n'exclura plus les autres descendants (§ 3 *sup.* — L. 4, C., *Ad sct. Orph.*, VI, 57).

Si nous passons au droit de Justinien, nous voyons disparaître les trois conditions d'où dépendait autrefois la vocation de la mère. Et d'abord le droit de succession pouvant désormais être attaché à la *cognatio servilis*, il devient indifférent que le défunt fût ingénu ou affranchi. Pourvu qu'il soit mort libre, sa mère, si elle est libre elle-même, lui succédera sans difficulté (Inst., § 10, *De grad. cogn.*, III, 6). Mais c'est une question délicate que de savoir si elle exclut le patron ou si elle est exclue par lui (T. II, p. 48, note 2). En second lieu, comme sous Justinien les fils de famille sont devenus capables de laisser une succession légitime, on conçoit très bien que la mère succède à ses enfants morts *in potestate patris*, et en effet nous verrons bientôt (n° 438) que dans cette hypothèse elle concourt avec les frères et sœurs. Quant au *jus liberorum*, condition contraire à l'esprit du christianisme et à l'équité, j'ai montré combien déjà les prédécesseurs chrétiens de Justinien en avaient diminué l'importance; mais ils ne l'avaient pas rendu inutile, puisque la mère qui n'en était pas investie demeurait exclue par les sœurs agnates et devait laisser

(1) Tel est le sens que l'interprétation Visigothe attribue à la constitution de Valentinien Ier et de Valens. Cependant des interprètes modernes ont prétendu qu'elle ne faisait que confirmer le droit établi par Constantin, et cela paraît tout d'abord résulter de la loi de Théodose II et de Valentinien III (§ 2). Mais l'objection s'évanouit, si l'on admet que Valentinien Ier et Valens n'avaient statué que pour l'empire d'Orient et que leur décision ne fut point appliquée en Occident.

un tiers à tous les autres agnats, même les plus éloignés. Justinien décida formellement que les droits attribués à la mère par le sénatus-consulte seraient indépendants du nombre d'enfants qu'elle aurait mis au monde (§ 4 *sup.* — L. 2, C., *De jur. lib.*, VIII, 59) (1).

Reste à déterminer les personnes que la mère exclut ou par qui elle est exclue sous Justinien. Or elle prime tous les collatéraux, agnats ou émancipés, autres que frères ou sœurs (2). S'il y a des frères venant seuls ou avec des sœurs, elle prend une part virile; s'il n'y a que des sœurs, elle prend une moitié (§ 5 *sup.* — L. 7 pr., C., *Ad sct. Tertull.*, VI, 56). Mais elle est toujours écartée soit par les descendants, soit par le père. Seulement la préférence accordée au père implique en principe que la question de concours se pose directement entre lui et la mère. Si donc, il y a des frères et sœurs, comme ils écartent le père, rien n'empêche la mère d'être admise avec eux (§ 4 *sup.*).

II. — DU SÉNATUS-CONSULTE ORPHITIEN OU DE LA SUCCESSION DES ENFANTS A LEUR MÈRE.

Lib. III, tit. IV, *De senatusconsulto Orphitiano*, pr. — Per contrarium autem, ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur, senatus-consulto Orphitiano, Orphito et Rufo consulibus, effectum est, quod latum est divi Marci temporibus; et, data est tam filio quam filiæ legitima hereditas, etiamsi alieno juri subjecti sunt, et præferuntur consanguineis et adgnatis defunctæ mat rs

§ 1. — Sed quum ex hoc senatus-consulto nepotes ad aviæ successionem legitimo jure non vocabantur, postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut, ad similitudinem filiorum filiarumque, et nepotes et neptes vocentur.

Réciproquement, que les enfants soient admis aux biens de leur mère morte sans testament, c'est ce que décida le sénatus-consulte Orphitien, rendu sous le consulat d'Orphitus et de Rufus, à l'époque de Marc-Aurèle. L'hérédité légitime fut donnée soit au fils, soit à la fille, même *alieni juris*; et on les préfère aux consanguins et aux agnats de leur mère.

Mais, le sénatus-consulte n'ayant pas appelé les petits-enfants à la succession légitime de leur aïeule, ceci fut corrigé plus tard par des con stitutions impériales, et, à l'exemple des fils et des filles, les petits-fils et petites-filles furent appelés.

(1) Une loi d'Honorius et de Théodose le jeune, qui concède à tous le *jus liberorum*, pourrait faire croire que Justinien n'eut pas besoin d'innover ici L. 1, C., *De jur. lib.*). Mais ce texte n'est probablement qu'un lambeau de la constitution qui abrogea la portion des lois caducaires relative à la capacité respective des époux en matière de libéralités testamentaires (L. 2, C., *De inf. cœl. pœn.*, VIII,58).

(2) Aux termes d'une loi de Théodose II et de Valentinien III, la mère qui se remarie après la mort de son fils perd, au profit des frères et sœurs consanguins de ce dernier, la nue propriété des biens que le défunt tenait de son père (L. 5, C., *Ad sct. Tert.*, VI, 56).

§ 3. — Novissime sciendum est etiam illos liberos qui vulgo quæsiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc senatusconsulto admitti.

Enfin il faut savoir que d'après le sénatus-consulte les enfants *vulgo quæsiti* eux-mêmes sont admis à l'hérédité maternelle.

436. Le sénatus-consulte Orphitien ne fut vraiment que la conséquence et le complément du précédent. Le droit déjà donné à la mère sur la succession de ses enfants, il l'accorda aux enfants sur la succession de leur mère et le leur accorda même plus large en ce qu'il n'exigea pas d'eux la condition du *jus liberorum*. Deux propositions résumeront la doctrine introduite par le sénatus-consulte : 1° tous les enfants au premier degré, *sui juris* ou *alieni juris* (1), légitimes ou naturels, même *vulgo concepti* (2), pourvu qu'ils soient citoyens romains et ingénus (3), succèdent à leur mère ingénue ou affranchie (pr. et § 3 *sup.*, — L. 1 pr., *Ad sct. Tertull.* — Paul, IV, 10 §§ 2 et 3) ; 2° ils excluent tous les héritiers appelés par l'ancien droit civil, mais eux seuls, c'est-à-dire les agnats, y compris les consanguins eux-mêmes, le patron et le père émancipateur (pr. *sup.* — L. 1 § 9, *Ad sct. Tertull.*).

Sur trois points les règles contenues dans ces deux propositions furent modifiées : 1° le sénatus-consulte n'innovait pas à l'égard des descendants du second degré ou d'un degré ultérieur. Or la constitution déjà citée (n° 421) par laquelle Valentinien, Théodose et Arcadius admirent les petits-enfants par les femmes à la succession de leur ascendant mâle, déféra aussi la succession d'une grand'mère ou arrière-grand'mère à ses petits-enfants ou arrière-petits-enfants, mais sous la déduction d'un quart en faveur des agnats (L. 4, C. Th., *De leg. hered.*, V, 1. — L. 9, C., *De suis et leg.*, VI, 55). Justinien leur donna l'hérédité

(1) Si l'enfant est *in potestate*, le droit commun du Bas-Empire attribue au père l'usufruit de la succession. S'il est *sui juris*, les empereurs Théodose et Valentinien donnent au père l'usufruit d'une part virile (L. 3, C., *De bon. mat.*, VI, 60).

(2) Par une exception étrange dans une législation qui admet en tous les cas la certitude de la maternité, Justinien décida que les *vulgo concepti* issus d'une mère *illustris* ne lui succéderaient jamais, ni par testament, ni *ab* intestat (L. 5, C., *Ad sct. Orphit.*, IV, 57).

(3) Il peut arriver qu'une femme esclave, à qui la liberté fidéicommissaire a été laissée, accouche avant d'avoir été affranchie. En ce cas, s'il y a eu *mora* de la part du grevé de fidéicommis, elle est réputée mettre au monde un ingénu. Donc, entre elle et l'enfant il y a lieu au droit de succession réciproque établi par les sénatus-consultes Orphitien et Tertullien. Telle est la décision de Justinien (L. 6, C., *Ad sct. Orph.*) ; mais on ne voit pas pourquoi il présente la question comme controversée, car elle avait déjà été résolue en ce sens par Septime-Sévère et Caracalla (L. 1 § 3, *Ad sct. Tertull.*).

tout entière et étendit le même droit aux descendants plus éloignés (L. 12, C., *De suis et leg.*); 2° l'enfant né en esclavage, quoique ayant une mère certaine, ne lui succédait pas d'après le sénatus-consulte. Sous Justinien, il lui succède sous la condition d'avoir été affranchi avant l'ouverture de la succession (Inst., § 10, *De grad. cogn.*, III, 6); 3° il résultait du sénatus-consulte que si la défunte laissait tout ensemble sa mère, des consanguins et un enfant, ce dernier, excluant les consanguins, excluait aussi la mère par voie de conséquence (L. 1, *Ad sct. Orph.*). Mais le concours s'établissant directement entre la mère et l'enfant de la défunte, il y avait partage entre eux, l'une s'appuyant sur le sénatus-consulte Tertullien, l'autre sur le sénatus-consulte Orphitien. J'ai déjà dit (n° 434) que des constitutions impériales attribuèrent absolument la préférence à l'enfant (Inst., § 3, 2e ph., *De sct. Tertull.*, IV, 3).

III. — DE LA SUCCESSION LAISSÉE PAR UN ÉMANCIPÉ OU PAR UN FILS DE FAMILLE.

Lib. III, tit. II, *De legitima adgnatorum successione*, § 8.— Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens qui, contracta fiducia, filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps, emancipat. Quod ex nostra constitutione omnimodo inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri; quum apud antiquos non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset.

L'ascendant qui, faisant intervenir le contrat de fiducie, émancipe son fils ou sa fille, son petit-fils ou sa petite-fille, ou un descendant plus éloigné, est également appelé à la succession légitime. Mais notre constitution a fait de cela une règle absolue, voulant que l'émancipation des enfants fût toujours réputée accompagnée du contrat de fiducie; tandis que chez les anciens il n'en était ainsi qu'autant que le père avait expressément fait ce contrat au moment de l'émancipation.

437 *a*. Entre l'enfant émancipé et l'enfant en puissance il y eut dès le début et pendant de longs siècles cette différence : l'émancipé était aussi capable de laisser une hérédité légitime que de tester, tandis que par la force des choses le fils de famille, n'ayant ni patrimoine, ni culte personnel, ne pouvait pas plus laisser une hérédité légitime que tester.

La succession légitime de l'enfant émancipé était réglée de la fa-

çon la plus simple. J'ai déjà dit (n° 426 *in fine*) que, semblable à un affranchi, il avait pour héritiers en première ligne ses enfants *in potestate* et ses autres descendants assimilés aux *sui*, et, à leur défaut, celui qui l'avait rendu *sui juris*, c'est-à-dire l'ascendant émancipateur en cas d'émancipation faite *contracta fiducia*, et, dans le cas contraire, le *manumissor extraneus*.

Voici les modifications successives que cette législation reçut avant Justinien : 1° dans le cas d'émancipation non accompagnée d'un contrat de fiducie, le préteur fit fléchir le droit du *manumissor extraneus* devant celui du père et de quelques autres parents pour lesquels il créa la *bonorum possessio unde decem personæ* (n° 443); 2° à partir du sénatus-consulte Tertullien, la mère, à défaut du père, fut appelée par le droit civil lui-même à l'hérédité de son fils émancipé (n° 434) ; 3° jusqu'au sénatus-consulte Orphitien, les enfants, même au premier degré, d'une fille émancipée, n'ayant pas la qualité de *sui*, ne pouvaient exclure le père émancipateur : ils l'exclurent désormais et concoururent avec la mère (n° 436) ; 4° en l'année 383, les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose décidèrent que les descendants quelconques d'une fille émancipée primeraient et le père et la mère (L. 3, C. Th., *De leg. her.*, V, 1. — L. 4, C., *Ad sct. Orph.*).

Malgré ces nombreuses réformes, le droit du *manumissor extraneus* subsistait, non pas seulement en théorie, mais encore à l'effet d'exclure tous ceux des cognats qui n'avaient d'autre titre que la *bonorum possessio unde cognati*. Mais ce droit ne pouvait pas survivre aux changements opérés par Justinien dans les formes de l'émancipation (n° 119); aussi disparut-il, et c'est ce résultat simple que les Institutes (§ 8 *sup.*) expriment, avec une complication de langage bien inutile, en disant que désormais le père émancipateur sera toujours réputé avoir affranchi son fils *contracta fiducia*. Cela signifie-t-il que Justinien rende au père émancipateur les droits excessifs que lui reconnaissait la législation ancienne? Non. La succession de l'émancipé, et plus généralement la succession de l'enfant *sui juris* sera dévolue en première ligne à ses descendants, faute de descendants, à ses frères et sœurs, et, à défaut seulement de frères ou sœurs, au père émancipateur (1). Telles sont les règles générales établies

(1) Cet ordre de succession est indiqué dans une constitution insérée au Code sous les noms de Dioclétien et Maximien, mais évidemment remaniée par Justinien, qui a voulu la mettre en harmonie avec sa nouvelle législation (L. 2, C., *Ad sct. Tertull.*).

par deux constitutions datées l'une de l'année 528 (L. 7, C., *Ad sct. Tertull.*, VI, 58), l'autre de l'année 532 (L. 13, C., *De leg. her.*, VI, 58). Mais ces règles comportent, dans l'hypothèse spéciale où la succession est dévolue à des frères ou sœurs, les modifications suivantes : 1° dans le cas de prédécès de la mère, tous les biens qui viennent d'elle sont attribués aux seuls frères et sœurs qui sont ses enfants, à l'exclusion des simples consanguins (L. 13, C., *De leg. her.*); 2° dans le même cas, l'usufruit de la succession entière appartient au père (L. 13, C., *De leg. her.*); 3° si c'est le père qui est prédécédé, la mère survivante prend une part virile en pleine propriété lorsqu'il y a des frères, et une moitié lorsqu'il n'y a que des sœurs (L. 7 pr., C., *Ad sct. Tertull.*); 4° enfin, si le père et la mère survivent l'un et l'autre, ils se partagent l'usufruit des deux tiers de la succession, l'usufruit du surplus restant aux frères ou sœurs (L. 7, § 1, C., *Ad sct. Tertull.*) (1).

A l'égard des ascendants autres que père et mère, si Justinien garde le silence sur eux, c'est qu'il n'entend leur attribuer aucun droit supérieur à celui qu'ils ont dans l'ordre des cognats, cet ordre restant évidemment appelé à défaut du père émancipateur.

438 *a*. Quant aux fils de famille, j'ai déjà montré que, tout en leur accordant peu à peu l'aptitude à devenir propriétaires, la législation romaine ne leur reconnut pas pour cela une capacité correspondante de tester ni de laisser une hérédité légitime. J'ai également exposé dans quelle mesure le droit de tester leur fut concédé soit

(1) De là il résulte d'une part que les frères et sœurs du défunt gagnent pécuniairement à n'avoir pas perdu leur mère, et d'autre part que le père ne recueille pas même la moitié de ce qu'il aurait en supposant la mère prédécédée. Cette décision s'explique assez bien : la mère doit régulièrement concourir avec les frères et sœurs; mais ceux-ci priment le père, et le père prime la mère. Justinien tranche le conflit de ces différents droits par une sorte de transaction. Mais voici une difficulté véritable : on a vu (n° 298) que dans la législation de Justinien le père émancipateur conserve un droit d'usufruit sur la moitié des biens adventices appartenant à l'enfant. Cette innovation date de l'année 529 (L. 6 § 3, C., *De bon. quæ lib.*, VI, 61). Or, supposons qu'au jour de l'émancipation l'enfant n'eût que des biens adventices, et que depuis lors son patrimoine ne se soit pas accru, peut-être même ait subi des diminutions. L'application littérale de la loi 7, *Ad sct. Tertull.*, nous conduirait à décider ici qu'à raison de la survie de la mère, le décès de l'enfant réduit les droits antérieurement acquis au père. Ce résultat doit-il être accepté ? Je ne le pense pas; et j'incline à admettre que cette loi 7, qui appartient à l'année 528, a été virtuellement modifiée par la constitution précitée de l'année 529, et qu'en conséquence elle ne s'applique à l'égard du père qu'autant que le tiers des biens laissés par l'émancipé est au moins égal à la moitié des biens adventices qu'il avait au jour de l'émancipation.

par Adrien, soit par Justinien (n°s 297 et 298). En ce qui concerne l'aptitude à laisser une succession légitime, il faut poser en règle générale que jusqu'à Justinien elle leur fut refusée, et que dans tous les cas où un fils de famille propriétaire mourait intestat, soit qu'en fait il eût négligé de tester, soit qu'il en fût incapable, ses biens étaient attribués comme un pécule ordinaire à l'ascendant investi de la puissance. En l'année 439, les empereurs Théodose et Valentinien dérobèrent à l'application de cette règle la dot, la donation *ante nuptias*, et plus généralement les *lucra nuptialia* : ces biens formèrent désormais une véritable hérédité *ab* intestat, et à ce titre furent dévolus d'abord aux descendants du défunt ou de la défunte, et, à leur défaut seulement, au père ou à l'aïeul, le père étant toujours préféré à l'aïeul et ne laissant à celui-ci que l'usufruit (L. 3, C., *De bon. quæ lib.*, VI, 61). Trente ans plus tard, les empereurs Léon et Anthémius, statuant toujours sur les *lucra nuptialia* seulement, firent encore passer avant le père, les frères et sœurs du défunt, les germains d'abord, puis les utérins et les consanguins (L. 4, C., *De bon. quæ lib.*). Mais le surplus des biens adventices continua d'appartenir *jure peculii* à l'ascendant sous la puissance duquel l'enfant était mort. Enfin, les règles jusque-là exceptionnelles qui s'appliquaient aux *lucra nuptialia* furent étendues par Justinien, d'abord aux biens adventices que le fils de famille défunt tenait, à un titre gratuit quelconque, de sa mère ou d'un parent maternel, puis à tous les autres biens adventices, quelle qu'en fût l'origine (L. 11, C., *Comm. de succ.*, VI, 59. — L. 6 § 1, C., *De bon. quæ lib.*, VI, 61) (1). Toutefois la mère fut admise à concourir avec les frères ou sœurs et à leur enlever une part virile ou une moitié, selon la distinction déjà faite (n° 437) pour le cas où il s'agit de la succession d'un émancipé; et, dans tous les cas, Justinien conserva au père de famille l'usufruit qui lui avait appartenu, du vivant de l'enfant, sur l'ensemble de ces biens (L. 7 § 1, C., *ad sct. Tertull.*).

Les mêmes règles paraissent, nonobstant une controverse précédemment rapportée (n° 297), avoir été appliquées par Justinien aux pécules *castrense* et *quasi castrense*, si ce n'est qu'ici il ne pouvait être question de réserver au père exclu de la succession un usufruit qui ne lui avait jamais appartenu.

(1) En conséquence de ces innovations, Justinien a remanié les deux constitutions précitées pour y glisser sa propre doctrine.

IV. — COMPARAISON DES SUCCESSIONS ANCIENNES ET DES SUCCESSIONS NOUVELLES.

Lib. III, tit. IV, *De senatusconsulto Orphitiano*, § 2. — Sciendum autem est, hujusmodi successiones quæ à Tertulliano et Orphitiano deferuntur, capitis deminutione non perimi, propter illam regulam qua novæ hereditates legitimæ capitis deminutione non pereunt, sed illæ solæ quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur.

Mais il faut savoir que les droits de succession dérivant des sénatus-consultes Tertullien et Orphitien ne s'éteignent pas par la *capitis deminutio*, et cela en vertu d'une règle d'après laquelle la *capitis deminutio* ne fait pas périr les nouvelles hérédités légitimes, mais seulement celles qui sont déférées par la loi des Douze Tables.

439. Deux différences générales séparent les nouvelles successions légitimes de celles qui avaient été primitivement organisées par la loi des Douze Tables :

1° On a vu que les nouvelles successions peuvent échoir à des personnes actuellement placées sous la puissance paternelle, le père acquérant alors, selon les principes anciens, la toute propriété des biens, et, dans le droit nouveau, l'usufruit seulement. Au contraire, les successions anciennes ne sont jamais déférées qu'à des personnes *sui juris*. Et, en effet, dans l'ordre des *sui* la loi n'appelle que des descendants qui au jour de la délation de l'hérédité se trouveraient sous la puissance immédiate du défunt s'il vivait encore, ce qui les suppose devenus *sui juris* ou par sa mort ou depuis sa mort. Dans l'ordre des agnats et dans celui des *gentiles*, le plus proche exclut le plus éloigné; or, pour être le plus proche, il faut nécessairement n'être soumis à la puissance d'aucun ascendant. Enfin, en ce qui concerne le patron et sa postérité, le patron lui-même, puisqu'il a pu affranchir, n'était évidemment soumis à aucune puissance (1), et l'on sait que, parmi ses descendants, comme parmi les agnats, la vocation n'appartient qu'au plus proche.

2° Le droit aux successions nouvelles est pleinement indépendant, soit de la *capitis deminutio minima* que le défunt aurait subie de

(1) Par exception, le fils de famille propriétaire d'un pécule *castrense* peut affranchir l'esclave qui fait partie de ce pécule, et en pareil cas, c'est à lui-même, non à son père, qu'appartient la succession de l'affranchi. Ainsi le décida l'empereur Adrien (L. 3 § 8; L. 22, *De bon. libert.*, XXXVIII, 2). Mais cette décision n'infirme en rien la portée générale de la règle que j'ai posée, car elle n'est qu'une conséquence de la doctrine qui assimile le fils de famille à un *paterfamilias* en tout ce qui touche à ses *bona castrensia* (n° 297).

son vivant, soit de celle qui atteindrait le successible lui-même avant ou après l'ouverture de l'hérédité non encore acquise, au lieu que dans les mêmes hypothèses toute vocation héréditaire fondée sur les Douze Tables s'éteint (Ulp., XXVII § 3) (1). C'est qu'en effet les successions nouvelles sont déférées à raison d'une parenté naturelle que le changement de famille n'altère pas, tandis qu'il dissout la relation factice d'où dépendent les qualités de *suus*, d'agnat, de *gentilis*, et les *jura patronatus*. A ne lire que les Institutes (§ 2 *sup.*), la différence que je relève ici aurait une portée beaucoup plus grande, et il semblerait que les successions nouvelles survivent à toute *capitis deminutio*. Mais il n'en est rien ; et on a déjà vu (nº 183) que si la *media* et la *maxima capitis deminutio* sont impuissantes à effacer le fait de la cognation ou communauté d'origine, elles correspondent néanmoins à une diminution considérable des avantages que la loi y attache : d'une part, en effet, celui qui les a subies ne peut plus, à raison de sa condition d'esclave ou de pérégrin, ni laisser ni recueillir aucune succession, tant qu'il reste dans le même état : et d'autre part, vînt-il à recouvrer le droit de cité, sans doute l'aptitude générale à succéder ou à avoir des héritiers lui serait rendue, mais les droits civils résultant de ses liens de cognation ne revivraient pas, parce que juridiquement sa personne n'est plus la même qu'autrefois ; c'est en conséquence de cette idée que dans l'hypothèse d'un enfant devenu esclave *jure civili*, puis affranchi, les textes refusent à sa mère le droit de lui succéder, comme à lui-même le droit de succéder à sa mère (Paul, IV, 10 § 2. — L. 1 § 4 ; L. 2 § 2, *Ad sct. Tertull.*, XXXVIII, 17)(2). Ulpien a donc raison de poser en règle générale que le successible qui perd la cité ou la liberté, soit avant, soit après la délation de l'hérédité, perd du même coup sa vocation héréditaire (L. 2 § 8, *Ad sct. Tertull.*) (3). On le com-

(1) Cependant, en cas d'adrogation, les enfants de l'adrogé conservent certainement leur vocation à sa succession. Mais cela tient à ce qu'ils ont passé avec lui dans sa nouvelle famille ; et, à vrai dire, la succession qu'il pourra leur laisser un jour ne sera pas celle qu'il leur eût laissée sans l'adrogation. Notamment, elle ne comprendra pas les mêmes *sacra*.

(2) Ces décisions sont contredites par la loi 1 § 6, *Ad sct. Tertull.* Mais il est facile de reconnaître dans ce texte la main de Tribonien, et il faut y tenir pour interpolée la petite phrase commençant par ces mots *sed humana*. On ne peut admettre, en effet, qu'Ulpien professe ici tout le contraire de ce qu'il a si nettement exprimé dans le § 4 de la même loi.

(3) Toutefois cette rigueur cesserait par l'effet de la *restitutio per omnia* qui serait accordée au condamné à une peine capitale, une telle restitution ayant pré-

pare, en effet, à un mort (L. 1 § 8, *De bon. poss. contr. tab.*, XXXVII, 4).

Pour compléter, je note que les personnes appelées à recueillir les successions nouvelles diffèrent des *sui heredes*, et tout ensemble se rapprochent des autres héritiers désignés par l'ancien droit civil, en ce que l'hérédité ne leur est acquise que par une adition régulière, non jamais de plein droit ni au moment même de la délation de l'hérédité (Inst., § 2, *De sct. Tert.* — Paul, IV, 10 § 4. — L. 1 § 4, *Ad sct. Tertull.*). Et de là les diverses conséquences déjà déduites à l'égard des agnats (n° 424). Parmi ces conséquences j'en relève une seule : si ces personnes ne peuvent ou ne veulent faire adition, et qu'elles n'aient pas de cohéritiers, l'hérédité est dévolue à l'ordre subséquent, et dans cet ordre elle est spécialement déférée aux personnes les plus proches au jour où la dévolution s'opère (1).

DES *BONORUM POSSESSIONES*.

SOMMAIRE : Notion générale de la *bonorum possessio*. — De son but primitif et de la marche probable de son développement. — En quoi elle se rapproche ou diffère des hérédités. — II. Classement, énumération et définition des diverses *bonorum possessiones*. — III. Théorie de la *bonorum possessio contra tabulas*. — IV. Théorie de la *bonorum possessio secundum tabulas*. — V. Théorie de la *bonorum possessio unde liberi*. — De la *collatio bonorum*. — VI. Théorie de la *bonorum possessio unde cognati*. — VII. Dans quelle forme et dans quels délais la *bonorum possessio* doit être demandée. — VIII. De la portée pratique des *bonorum possessiones*, ou distinction des *bonorum possessiones cum re et sine re*. — IX. Des *bonorum possessiones decretales*. — X. Des *bonorum possessiones* dans la législation des Institutes.

I. — NOTION GÉNÉRALE DE LA *bonorum possessio*. — DE SON BUT PRIMITIF ET DE LA MARCHE PROBABLE DE SON DÉVELOPPEMENT. — EN QUOI ELLE SE RAPPROCHE OU DIFFÈRE DE L'HÉRÉDITÉ.

Lib. III, tit. IX, *De bonorum possessionibus*, pr. — Jus bonorum possessionis introductum est a prætore, emendandi veteris juris gratia.

Le droit de possession de biens fut introduit par le préteur en vue de corriger l'ancien droit. Et ce n'est pas seulement dans les héré-

cisément pour but et pour effet de lui rendre son ancienne personnalité. C'est ce qui résulte de plusieurs des textes précités et d'un passage de Paul (IV, 8 § 24).

(1) Par application de ces idées, quand l'héritier défaillant était appelé en vertu des sénatus-consultes Tertullien ou Orphitien, il y a dévolution au profit des agnats. Il est vrai qu'à un tel héritier le préteur défère, comme aux agnats, la *bonorum possessio unde legitimi*, et qu'en partant de cette observation, on pourrait être tenté de soutenir que cet héritier appartient au même ordre que les agnats; et alors la conclusion serait que, le droit classique n'admettant jamais la dévolution entre héritiers légitimes d'un même ordre (Paul, IV, 8 § 23), la succession passerait aux cognats et non pas aux agnats. Mais cette objection tombe devant deux textes formels dont voici l'analyse : 1° soit une femme qui meurt laissant un fils,

Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo prætor emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque qui testamento facto decesserint; nam si alienus postumus heres fuerat institutus, quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, quum institutio non valebat, honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet quum a prætore adjuvabatur. Sed et is a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et jure civili non incognitus.

dités *ab* intestat que le préteur a employé cette voie pour corriger l'ancien droit, ainsi qu'on l'a déjà dit, mais c'est aussi dans les hérédités testamentaires; en effet, si un posthume externe avait été institué, quoique le droit civil ne lui permît pas de faire adition, puisque l'institution était nulle, cependant le droit honoraire faisait de lui un *bonorum possessor*, car le préteur venait à son aide. Mais aujourd'hui, en vertu de notre constitution, le posthume externe est valablement institué héritier, comme n'étant pas ignoré du droit civil lui-même.

§ 1. — Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia, pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque qui recte facto testamento heres instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos heredes et adgnatos ad bonorum possessionem vocat; sed et, remota quoque bonorum possessione, ad eos pertinet hereditas jure civili.

Quelquefois pourtant ce n'est ni pour corriger ni pour combattre l'ancien droit, mais plutôt pour le confirmer, que le préteur promet la possession de biens. En effet, à ceux-là mêmes qui ont été institués héritiers dans un testament régulier il donne la possession de biens conformément au testament. De même *ab* intestat il appelle les héritiers siens et les agnats à la possession de biens; mais, même indépendamment de la possession de biens, l'hérédité appartient à ces personnes d'après le droit civil.

§ 2. — Quos autem prætor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt; nam prætor he-

Mais ceux que le préteur seul appelle à l'hérédité ne deviennent pas héritiers de plein droit, le préteur

un frère consanguin, et de ce frère un neveu. Pendant que le fils délibère, le frère meurt; le fils répudie ensuite. Cette répudiation, dit Ulpien, ouvre le droit du neveu, ce qui signifie bien évidemment que celui-ci exclut tous les cognats, même plus proches que lui, comme le serait un frère utérin de la défunte (L. 1 § 11, *Ad sct. Tertull.*); 2° soit un enfant qui meurt laissant sa mère, un oncle paternel et un cousin issu de cet oncle. L'oncle meurt avant que la mère se soit prononcée, puis elle répudie. Cela entraîne délation de l'hérédité au neveu, ce qui sans nul doute encore implique exclusion de tous cognats plus proches ou aussi proches, par exemple d'un frère utérin ou d'un oncle maternel du défunt (L. 2 § 22, *Ad sct. Tertull.*).

redem facere non potest; per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsulta et constitutiones principales; sed quum eis prætor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur et vocantur bonorum possessores. Adhuc autem et alios complures gradus prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat ne quis sine successore moreretur; nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hereditatum prætor ex bono et æquo dilatavit (Gaius, III, §§ 32 et 33).

étant impuissant à créer un héritier; en effet, c'est seulement par la loi ou par une source du droit semblable à la loi, telle qu'un sénatus-consulte ou une constitution impériale, que l'on devient héritier; mais, comme le préteur donne à ces personnes la possession des biens, elles tiennent lieu d'héritiers et sont appelées possesseurs de biens. Le préteur a encore établi beaucoup d'autres degrés dans les possessions de biens, afin que personne ne mourût sans successeur; en effet, le droit de recueillir les successions avait été enfermé dans les plus étroites limites par la loi des Douze Tables; mais le préteur, conformément au bien et à l'équité, l'a élargi.

440. Envisagée à l'époque des derniers jurisconsultes classiques, la *bonorum possessio* peut être définie une succession prétorienne à l'ensemble du patrimoine d'un défunt. Le plus souvent elle est donnée à des personnes dont la vocation héréditaire était déjà consacrée par le droit civil, par exemple à un héritier régulièrement institué, à un *suus* ou à un agnat que les Douze Tables appellent *ad intestat* (§ 1 *sup.*). Dans des cas pareils, le préteur ne fait que confirmer le droit civil dont il est institué le gardien et l'exécuteur (nº 20). D'autres fois, la *bonorum possessio* est donnée, faute d'héritiers, à des personnes que le droit civil a intentionnellement laissées de côté : c'est ainsi qu'en l'absence de *sui*, d'agnats et de *gentiles*, le préteur appelle les cognats, et, s'il n'y a pas de cognats, le conjoint. Ici il complète le droit civil, il tend à empêcher que le défunt ne reste sans successeur (§ 2 *sup.*); plus précisément encore, il profite de ce que les héritiers manquent pour appeler des personnes qui lui paraissent avoir une vocation naturelle, et du même coup il saisit l'occasion de prévenir l'iniquité des usucapions *pro herede*, ou l'occupation des biens par le fisc, et d'épargner à la mémoire du défunt la honte d'une *bonorum venditio* qui serait la seule ressource de ses créanciers (Inst., § 8, *De bon. poss.*). Enfin, quelquefois aussi, nonobstant la présence de

véritables héritiers légaux, le préteur attribue la *bonorum possessio* à des personnes que le droit civil repousse : ainsi fait-il à l'égard d'un posthume externe institué (pr. *sup.*); ainsi fait-il souvent à l'égard des personnes instituées dans un testament inutile ou qui a cessé de valoir (nos 336 et 342). Ici le préteur s'érige en critique et en adversaire du droit civil, il le corrige dans un intérêt d'équité.

En résumé donc, dans le système des *bonorum possessiones*, nous apercevons toujours ou l'exécution, ou le complément, ou le renversement du système des hérédités civiles. Et de ces trois résultats c'est sans contredit le dernier qui nous frappe le plus, parce qu'il est le plus original. Mais à cause de cela, faut-il prétendre avec Justinien (pr. *sup.*) que la *bonorum possessio* fut imaginée dans le but exprès de combattre le droit civil, de telle sorte que le préteur aurait engagé une lutte systématique avec la législation qu'il était chargé de faire exécuter? Un tel point de vue serait déjà bien suspect, comme contraire à la marche générale du génie romain et à la mission essentielle du préteur; mais il ne résiste pas à la lumière que Gaius et surtout Cicéron jettent sur l'origine des *bonorum possessiones*.

441. Cette création est probablement antérieure à l'introduction de la procédure formulaire; elle date donc d'une époque où la pétition d'hérédité, comme toutes les actions réelles, ne s'exerçait que dans les formes du *sacramentum*, où par conséquent c'était le magistrat qui dans chaque cas et selon les circonstances décidait quel serait celui des plaideurs qui aurait la possession de la chose litigieuse durant le cours de l'instance. Cette règle prêtait à l'arbitraire : le préteur voulut l'écarter en ce qui concernait la pétition d'hérédité. Désormais donc la possession provisoire appartient de droit à celui que les dispositions de l'édit appelaient à la *bonorum possessio*. Sans doute on continua d'appliquer ici le principe qui obligeait les deux adversaires à fournir la preuve de leur droit; mais en supposant que ni l'un ni l'autre ne pût y réussir, cela suffisait pour que le *bonorum possessor* conservât la jouissance effective de l'hérédité. Plus tard, quand fut organisée la procédure formulaire, la pétition d'hérédité put encore être exercée *per sacramentum*, mais elle put l'être aussi *per formulam*; or, dans cette procédure nouvelle, celui qui possède avant le litige non-seulement garde la possession durant l'instance, mais le rôle de défendeur lui appartient, et aucune preuve n'est exigée de lui : il n'a qu'à attendre les preuves de son adversaire et à les détruire. Telle fut donc

désormais la condition du *bonorum possessor* : son titre fit présumer son droit. Cette explication du sens originaire des *bonorum possessiones* s'appuie sur un passage de Cicéron (2ª *act. in Verr.*, I, 45) où nous lisons qu'un certain Minucius étant mort intestat, sans descendants ni agnats, la *bonorum possessio* devait, d'après la jurisprudence constante des préteurs, être déférée à ses *gentiles;* qu'alors, si quelqu'un se fût prétendu héritier en vertu d'un testament, que dans l'espèce on ne produisait pas, il aurait été libre de réclamer contre eux l'hérédité soit par la procédure des *legis actiones*, soit par la voie plus nouvelle de la *sponsio* (1), et qu'à la condition d'établir son droit il eût triomphé (2). Le préteur ne faisait donc que poser d'avance et d'une manière générale les règles qu'il suivrait pour attribuer la *possessio hereditatis* et pour fixer les rôles respectifs des parties dans la pétition d'hérédité; mais il ne tranchait pas la question de droit, et la prétention de celui à qui il refusait la *bonorum possessio* restait entière, sauf à être débattue en justice et à succomber si elle ne s'appuyait pas sur des preuves décisives. De cette donnée, que confirme l'expression même de *bonorum possessio*, il résulte avec évidence que, bien loin de songer à supplanter le système des hérédités civiles par un système différent et souvent contraire, le préteur se proposait, comme but principal, et autant que cela était possible, d'assurer le succès final du véritable ayant droit en lui donnant le rôle le plus facile. Aussi lisons-nous encore dans Cicéron (2ª *Act. in. Verr.*, I, 44 et 45) qu'en vertu d'une règle aussi ancienne que le droit prétorien et qui se reproduisait d'édit en édit dans une formule invariable, la *bonorum possessio* était donnée d'abord à l'institué qui produisait un testament régulier dans la forme, et, à défaut de testament, au plus proche héritier *ab* intestat. Donc sans nul doute le but primitif, la pensée dirigeante du préteur fut de procurer l'exécution du droit civil. Au surplus, que de très bonne heure, que peut-être même dès le début, il ait également donné la *bonorum possessio* en vue de compléter le

(1) A ces deux voies il fallut ajouter plus tard la *formula petitoria* (Gaius, IV. § 91).

(2) Verrès, dans l'édit qu'il proposa comme préteur urbain, ne suivit pas cette jurisprudence. Pour favoriser, sans en avoir l'air, celui qui détenait l'hérédité de Minucius, il disposa d'une manière générale qu'à défaut de testament le *possessor hereditatis* n'aurait pas à faire de *sponsio*, c'est-à-dire serait maintenu dans sa possession et n'aurait pas besoin de prendre le rôle de demandeur (Gaius, IV, §§ 93 et 94). Verrès confirmait donc la possession de fait, tandis qu'il s'agissait de rechercher quel était le véritable ayant droit à la possession, et c'est ce que Cicéron lui reproche avec vivacité.

droit civil, cela est très-croyable; au fond il n'y avait là qu'une hardiesse assez discrète et parfaitement compatible avec sa mission, puisqu'elle ne contrariait aucun droit consacré par le *jus civile*(1). Quant à la *bonorum possessio* donnée, malgré la présence de véritables héritiers, à des personnes qui n'avaient pas cette qualité, probablement elle n'apparut que plus tard; mais cette conjecture fût-elle erronée, ce qui reste certain, c'est que même ici le préteur n'attaquait pas directement le droit civil, puisque la *bonorum possessio* n'assurait à son titulaire que le rôle de défendeur à la pétition d'hérédité et non pas le succès dans cette action elle-même. Je conclus donc que la marche suivie en cette matière fut précisément l'inverse de celle que Justinien nous décrit : vivant à une époque où la *bonorum possessio* avait en pratique détrôné le système successoral du droit civil partout où elle s'était trouvée en conflit avec lui, ce prince confond, dupe du fait accompli, le résultat réalisé avec le but poursuivi.

442. Pour le moment, sans rechercher ni sous l'influence de quelles idées ou de quels besoins, ni par quelle série de gradations la *bonorum possessio* se transforma, de simple voie provisoire, en un véritable système successoral, la considérant non plus à son berceau, mais dans la maturité de son développement, je dois m'appliquer à en caractériser la nature et les effets. Les textes répètent à l'envi que le préteur, à la différence des lois, des sénatus-consultes et des constitutions impériales, ne saurait faire de véritables héritiers, qu'en conséquence le *bonorum possessor* sera *loco heredis* sans être *heres* (§ 2 *sup.* — Gaius, III, § 32. — Ulp., XXVIII § 12. — L. 2, *De bon. poss.*, XXXVII, 1). Cette formule implique entre l'hérédité et la *bonorum possessio* des ressemblances et des différences.

Voici d'abord les principales ressemblances : 1° la *bonorum possessio* comprend, comme l'hérédité, l'ensemble de l'actif et du passif du défunt. Acceptée, elle emporte donc obligation de payer les dettes même au delà de l'actif (LL. 1 et 3 pr., *De bon. poss.*); 2° tant qu'elle n'a pas été acceptée, elle demeure, comme l'hérédité non encore acquise, intransmissible aux héritiers de l'ayant droit (L. 3 § 7, *De bon. poss.*); 3° plusieurs personnes étant appelées ensemble à la *bonorum possessio*, s'il y en a une qui ne puisse ou ne veuille l'accepter, l'accroissement s'opère au profit ou à la charge des autres, comme il s'opérerait entre cohéritiers, et selon les mêmes règles (L. 3 § 9; LL.

(1) La *bonorum possessio unde cognati*, introduite pour compléter le droit civil, existait déjà au temps de Cicéron (*pro Cluentio*, 60).

4 et 5, *De bon. poss.*—L. 12 pr., *De bon. poss. contr. tab.*, XXXVII, 4); 4° la qualité acquise de *bonorum possessor* n'implique pas plus que celle d'héritier la possession effective des *res hereditariæ;* elle se conçoit donc même en l'absence de toutes choses corporelles. Aussi dit-on qu'il s'agit ici, non d'une *possessio rerum*, mais d'une *possessio juris*, ce qui signifie que le *bonorum possessor* est autorisé à se comporter en héritier, par suite à se faire délaisser les choses corporelles et à exercer les actions du défunt (L. 1 § 3, *De bon. poss.*); 5° comme l'héritier, le *bonorum possessor* est investi d'une action *in rem* générale qu'il exerce contre quiconque possède *pro herede* ou *pro possessore* (N° 814) une chose corporelle ou un droit compris dans l'hérédité. Pour l'un et pour l'autre cette action aboutit à des résultats pratiques exactement semblables : seulement, tandis qu'elle est donnée à l'héritier comme action directe et sous la simple dénomination de *petitio hereditatis*, entre les mains du *bonorum possessor* elle n'est qu'une action utile et s'appelle *possessoria hereditatis petitio* (LL. 1 et 2, *De poss. her. pet.*, V, 5); 6° le *bonorum possessor* en concours avec d'autres successeurs universels est à la fois investi et tenu de l'action *familiæ erciscundæ* (L. 24 § 1, *Fam. ercisc.*, X, 2).

Voici maintenant les différences les plus essentielles : 1° la *bonorum possessio* ne confère pas le *dominium ex jure Quiritium;* mais elle donne la propriété bonitaire et elle constitue une *justa causa usucapiendi* (Gaius, III, § 80. — N° 235), l'usucapion toutefois ne devant commencer qu'au jour où le *bonorum possessor* sera entré en possession réelle; 2° ni les créances ni les dettes héréditaires ne passent directement sur la tête du *bonorum possessor*. Mais comme c'est lui qui doit en définitive recueillir le bénéfice des unes et supporter la charge des autres, le préteur imagine, pour arriver à ce résultat, des actions utiles : ces actions s'appellent *fictitiæ*, parce que, soit que le *bonorum possessor* demande ou défende, la formule lui suppose expressément la qualité d'héritier et ordonne au juge de statuer comme si elle lui appartenait effectivement (Gaius, III, § 81; IV, § 34. — Ulp., XXVIII § 12) (1); 3° il paraît bien probable que le *bonorum possessor*, simple successeur aux biens plutôt que continuateur juridique de la personne, n'était ni tenu ni autorisé

(1) L'exercice de ces actions suppose que le débiteur ou le créancier du défunt n'élève aucune prétention rivale de celle du *bonorum possessor*, c'est-à-dire ne se dit ni héritier ni *bonorum possessor*. S'il en était autrement, c'est par la *petitio hereditatis directa* ou *possessoria* que le conflit devrait être tranché.

à recueillir les *sacra* du défunt (1). Si les textes que nous possédons sont muets à cet égard, cela tient sans doute à ce qu'ils datent d'une époque où les *sacra* avaient perdu leur ancienne popularité et leur importance pratique ; 4° l'acquisition de la *bonorum possessio* suppose une demande adressée au magistrat (n° 458), mais jamais elle ne s'opère ni de plein droit ni par voie de *cretio* ou d'adition proprement dite ; 5° la *bonorum possessio* s'acquiert très-régulièrement par l'intermédiaire d'un mandataire spécial ou d'une personne ayant pouvoir légal d'agir au nom de l'appelé, par exemple par un tuteur (2). Bien mieux, la demande faite par un tiers sans pouvoir est tenue pour suffisante toutes les fois que le véritable intéressé la ratifie (L. 3 § 7 ; L. 7 § 1, *De bon. poss.*) (3) ; 6° lorsque l'appelé est *alieni juris*, l'acquisition, sans aucun doute, exige son consentement personnel tout aussi bien que s'il s'agissait d'une hérédité ; mais sa demande n'a pas besoin d'être autorisée par un ordre préalable : il suffit qu'elle obtienne après coup la ratification de la personne investie de la puissance, et à qui doivent incomber les charges comme profiter les bénéfices de la *bonorum possessio* (L. 65 pr., *Ad sct. Trebell.*, XXXVI, 1. — L. 6 § 1, *De acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2. — L. 7 pr. et § 1, *De bon. poss.*) ; 7° pour se faire mettre en possession des choses corporelles comprises dans la succession, le *bonorum possessor* est investi, contre quiconque possède *pro herede* ou *pro possessore*, d'un interdit spécial appelé interdit *quorum bonorum* (Gaius, IV, § 144) (4). Des trois dernières différences que je signale entre l'héré-

(1) On lui donnait, il est vrai les *jura sepulcrorum* (L. 4 § 21, *De fid. lib.*, XL, 5). Mais ces droits n'impliquent pas absolument la qualité de continuateur de la personne (n° 92).

(2) Quant à la répudiation de la *bonorum possessio*, elle suppose toujours la volonté du véritable intéressé (L. 1 § 1, *De succ. edict*, XXXVIII, 9). Elle peut donc bien être faite par un mandataire, mais non par un tuteur (tome I, p. 352, note 1).

(3) Le simple mandat que je donne à quelqu'un d'administrer mes biens ne l'autorise pas à demander une *bonorum possessio*. En faisant cette demande, il n'agit plus comme mandataire, mais comme simple gérant d'affaires. Ainsi s'explique un texte de Papinien, d'où l'on aurait tort de conclure qu'une ratification soit nécessaire, lorsque c'est en vertu de la volonté du mandant que la *bonorum possessio* a été demandée par le mandataire (L. 86 pr., *De acq. vel omitt. her.*, XXIX, 2).

(4) A ces différences, ne pourrait-on pas en ajouter une autre consistant à dire que la *bonorum possessio* appartient au *jus gentium* et non au *jus civile?* En faveur de cette opinion il ne faudrait pas alléguer que les règles de la *bonorum possessio* figuraient dans l'*edictum provinciale* (Cicéron, 2a *act. in Verr.*, I, 46). Car il reste à savoir si ces règles devaient s'appliquer à tous les habitants de la province ou aux seuls Romains qui y avaient leur domicile. En sens inverse, il ne faut pas

dité et la *bonorum possessio*, il ressort que la coexistence en une même personne des qualités d'héritier et de *bonorum possessor* peut lui procurer plusieurs avantages que la seule qualité d'héritier ne lui donnerait pas (1).

II. — ÉNUMÉRATION, CLASSIFICATION ET DÉFINITION DES DIVERSES *bonorum possessiones*.

Lib. III, tit IX, *De bonorum possessionibus*, § 3. — Sunt autem bonorum possessiones ex testamento hæ : prima, quæ præteritis liberis datur, vocaturque *contra tabulas;* secunda, quam omnibus jure scriptis heredibus prætor pollicetur, ideoque vocatur *secundum tabulas*. Et quum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et primo loco, suis heredibus, et iis qui ex edicto prætoris inter suos connumerantur, dat bonorum possessionem quæ vocatur *unde liberi*. Secundo, legitimis heredibus. Tertio, decem personis quas extraneo manumissori præferebat. Sunt autem decem personæ hæ : pater, mater, avus, avia, tam paterni quam materni; item filius, filia; nepos, neptis, tam ex filio quam ex filia;

Les *bonorum possessiones* données à la suite d'un testament sont celles-ci : d'abord, celle qui est donnée aux descendants omis et qui s'appelle *contra tabulas;* en second lieu, celle que le préteur promet à tous les héritiers régulièrement inscrits, et qui pour cela s'appelle *secundum tabulas*. Et après avoir d'abord parlé des testaments, le préteur passe aux intestats. Et en premier lieu, il donne tant aux héritiers siens qu'à ceux qui d'après l'édit sont comptés au nombre des *sui*, une *bonorum possessio* appelée *unde liberi*. En second lieu viennent les héritiers légitimes. En troisième lieu, les dix personnes que le préteur préférait au *manumissor extraneus*. Ces dix personnes sont le père, la mère, le grand-père, la grand'mère,

non plus argumenter d'un texte d'Ulpien (L. 13, *De bon. poss.*) qui refuse la *bonorum possessio* au condamné à l'interdiction de l'eau et du feu. Car ce condamné a perdu les droits pécuniaires dépendant de ses relations de famille (n° 183). En l'absence de textes, je suis très porté à croire que le préteur appliquait, autant qu'il était possible, le système des *bonorum possessiones* en faveur des parents pérégrins d'un défunt également pérégrin. Mais ce qui est évident, c'est qu'ici la *bonorum possessio* était toujours en dehors du droit civil : elle ne pouvait avoir pour objet ni de le confirmer ni de le combattre, mais d'en combler les lacunes.

(1) C'est donc bien à tort que Gaius (III, § 34) présente la *bonorum possessio* comme n'ajoutant au droit de l'héritier que la ressource de l'interdit *quorum bonorum*. On sait déjà qu'elle lui rend l'acquisition des biens plus facile, puisqu'elle exclut la nécessité de son fait personnel; et on verra plus loin (n° 452 et s.), en étudiant la théorie du rapport, qu'elle peut lui donner un droit sur des biens auxquels sa seule qualité d'héritier ne lui permettrait pas de prétendre.

frater, soror, sive consanguinei sunt, sive uterini. Quarto, cognatis proximis. Quinto, *tum quem ex familia*. Sexto, patrono et patronæ, liberisque eorum et parentibus. Septimo, viro et uxori. Octavo, cognatis manumissoris.

tant paternels que maternels; pareillement, le fils, la fille, le petit-fils et la petite-fille issus soit d'un fils, soit d'une fille; le frère, la sœur, tant utérins que consanguins. Au quatrième rang vient la *bonorum possessio* donnée aux plus proches cognats; au cinquième, la *bonorum possessio tum quem ex familia;* au sixième, celle du patron et de la patronne, de leurs descendants et ascendants; au septième, celle du mari et de la femme; au huitième, celle des cognats du *manumissor*.

§ 7. — Septima (1) eas secuta, quam optima ratione prætores introduxerunt : novissime enim promittitur edicto iis etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege vel senatusconsulto vel constitutione comprehensum est. Quam neque bonorum possessionibus quæ ab intestato veniunt, neque iis quæ ex testamento sunt, prætor stabili jure connumeravit, sed quasi ultimum et extraordinarium auxilium, prout res exigit, acccommodavit, scilicet iis qui ex legibus, senatusconsultis, constitutionibusve principum, ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato, veniunt.

Ces *bonorum possessiones* sont suivies d'une autre que les préteurs ont introduite par une excellente raison : en effet, l'édit promet en dernier lieu la *bonorum possessio* à tous ceux auquels une loi, un sénatus-consulte, ou une constitution expriment qu'elle doit être donnée. Cette *bonorum possessio*, le préteur ne l'a rangée d'une manière fixe ni parmi celles qui sont données *ab* intestat, ni parmi celles qui compètent à la suite d'un testament, mais il l'a créée comme dernière et extraordinaire ressource, selon que les circonstances l'exigent, au profit de ceux qui arrivent soit par testament, soit *ab* intestat, en vertu d'un droit nouveau établi par les lois, par les sénatus-consultes, ou par les constitutions impériales.

443. Les *bonorum possessiones* se divisent en deux grandes classes : les unes sont qualifiées testamentaires, parce qu'elles supposent l'existence d'un testament; les autres sont déférées *ab* intestat et ne

(1) Si l'on veut comprendre pourquoi Justinien dit *septima* et non pas *nona*, il faut lire préalablement les trois paragraphes qui précèdent celui-ci (tome II, p. 134 à 136)

se conçoivent qu'autant qu'il ne peut être question des précédentes.

Il n'y a que deux *bonorum possessiones* testamentaires : la première méconnaît les dispositions du testateur et se donne à des personnes qu'il n'a pas instituées, elle s'appelle *bonorum possessio contra tabulas*. La seconde, au contraire, a pour but l'exécution du testament et appartient précisément aux institués, elle s'appelle *bonorum possessio secundum tabulas*. L'une et l'autre, à raison de leur importance, feront l'objet d'explications spéciales (nos 445 à 450).

Les *bonorum possessiones ab* intestat sont au nombre de huit (1). Les voici dans l'ordre que les Institutes leur assignent (§ 3 *sup.*), ordre qui était probablement celui de l'édit lui-même, et par conséquent celui de la pratique :

1° *Bonorum possessio unde liberi* (2). — En attendant des développements ultérieurs, je me borne à dire qu'elle n'est donnée qu'à des descendants *per masculos* d'un défunt du sexe masculin (nos 451 et s.).

2° *Bonorum possessio unde legitimi*. — Ici le préteur appelle tous ceux à qui les Douze Tables ou une autre source du droit civil défèrent l'hérédité légitime, non-seulement donc les agnats et les *gentiles*, mais aussi le patron et ses descendants, le père qui a émancipé *contracta fiducia* ou le *manumissor extraneus*, la mère elle-même et ses enfants depuis les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien (L. 2 § 4, *Unde legit.*, XXXVIII, 7); ajoutons, en nous plaçant à l'époque du Bas-Empire, les frères et sœurs émancipés ou utérins, que des constitutions impériales faisaient concourir avec les frères et sœurs consanguins et préféraient aux agnats plus éloignés (Inst., pr., *De succ. cogn.*, III, 5. — N° 423) (3).

(1) Les *Regulæ* d'Ulpien (XXVII § 7), telles que nous les possédons, n'en comptent que sept : elles oublient la *bonorum possessio unde decem personæ*. Mais un autre texte rapporté dans la *collatio legum Mosaicarum* (Tit. 16, cap. 9 § 2), et présenté comme appartenant aussi aux *Regulæ* d'Ulpien, répare cet oubli.

(2) Cette dénomination, comme celle de toutes les *bonorum possessiones* qui suivent, moins la cinquième, paraît n'être qu'une abréviation d'une expression plus complète qui serait celle-ci : *ea pars edicti unde liberi*, *unde legitimi*, etc., *vocantur*.

(3) Je ne compte pas parmi les *bonorum possessores unde legitimi* le patron appelé à recueillir une moitié des biens de son affranchi qui est mort intestat et n'a laissé que des enfants adoptifs ou une femme *in manu* (n° 427). Car il y a là une vocation tout à fait en dehors de la loi. Cependant, comme elle suppose que le patron a conservé ses *jura patronatus*, je ne fais aucun doute que, subissant une *capitis deminutio*, il ne pourrait plus prétendre à cette *bonorum possessio dimidiæ partis*, et en cela il n'est pas traité autrement que s'il s'agissait d'une *bonorum possessio unde legitimi*.

3° *Bonorum possessio unde decem personæ.* — Le préteur, envisageant ici le décès d'un enfant qui a été émancipé sans contrat de fiducie, appelle, par préférence au *manumissor extraneus*, dix cognats dont les Institutes (§ 3 *sup.*) nous donnent l'énumération (1). Parmi eux figurent le fils et la fille, le petit-fils et la petite-fille. Or, l'utilité de cette *bonorum possessio* pour de telles personnes est évidente lorsqu'il s'agit de la succession d'une fille ; mais en supposant le défunt du sexe masculin, elle ne se comprend plus qu'autant que les descendants prénommés ne peuvent se dire ni *sui* ni assimilés aux *sui*, et cela se présente tant pour ceux qui se trouvent actuellement *in adoptiva familia* que pour les petits-enfants *ex filia*.

4° *Bonorum possessio unde cognati.* — Cette *bonorum possessio* est déférée aux simples cognats du défunt, d'après des règles qui seront bientôt expliquées (nos 456 et 457).

5° *Bonorum possessio tum quem ex familia* (2). — A défaut de *sui*, le droit civil n'appelait à la succession de l'affranchi que le patron et sa postérité : le préteur appelle subsidiairement les agnats du patron.

6° *Bonorum possessio unde patronus, patrona, liberique et parentes patroni patronæve.* — Cette *bonorum possessio* se réfère, aussi certainement que la précédente, à l'hypothèse d'un défunt affranchi. Mais quelles sont au juste les personnes auxquelles elle est déférée? La première réponse qui se présente à l'esprit, et c'est aussi celle qu'on lit dans Théophile (sur le § 3 *sup.*), le seul auteur ancien qui s'explique catégoriquement sur la question, est celle-ci : le préteur appelle le patron ou la patronne du défunt, et, à leur défaut, leurs descendants ou ascendants. Ainsi conçue, cette *bonorum possessio* est

(1) Très-probablement, ces cognats arrivent deux à deux dans l'ordre où les Institutes les énumèrent. Ainsi la fille concourt avec le fils, la sœur avec le frère. Cependant la mère est toujours primée par le père (L. 10, *De suis et leg.*, XXXVIII, 16).

(2) Cette *bonorum possessio* tire probablement son nom des premiers mots de la formule sous laquelle elle était énoncée par l'édit (LL. 1 et 4, *Unde legit.*, XXXVIII, 7. — L. 1 § 2, *Uti ex leg.*, XXXVIII, 14). Certaines éditions l'appellent *tanquam ex familia*, ce qui exprimerait que les agnats du patron jouent ici le rôle d'agnats de l'affranchi. — Contrairement au texte formel des Institutes, confirmé par Ulpien (XXVIII § 7), il y a des interprètes qui placent la *bonorum possessio tum quem ex familia* avant la *bonorum possessio unde cognati;* d'où cette conséquence que les agnats du patron auraient primé les enfants donnés en adoption par l'affranchi et restés dans la famille adoptive. Cette manière de voir s'accommode à merveille de la dénomination *tanquam ex familia;* car si les agnats du patron tiennent lieu d'agnats à l'affranchi, ils doivent avoir le pas sur ces cognats.

d'une utilité évidente : 1° pour le patron ou la patronne, lorsque depuis l'affranchissement ils ont perdu par une *capitis deminutio* leur vocation aux *bonorum possessiones unde legitimi* et *tum quem ex familia ;* 2° pour les descendants du patron, lorsque postérieurement à l'affranchissement ils sont sortis de sa famille, ou lorsqu'ils n'en ont jamais fait partie, par exemple, parce qu'ils ne se rattachent à lui que par les femmes ou qu'ils ont été conçus d'un émancipé; 3° pour les descendants de la patronne, presque dans tous les cas; car, n'ayant jamais été en sa puissance, ils n'ont jamais droit à la *bonorum possessio unde legitimi*, et pour qu'ils puissent prétendre à la *bonorum possessio tum quem ex familia*, il faut supposer que leur mère a été *in manu* et n'est devenue *sui juris* que par le décès de son mari; 4° enfin, pour les ascendants du patron et de la patronne, toutes les fois que, ne faisant pas partie de la même famille civile, ils ne peuvent pas arriver par la *bonorum possessio tum quem ex familia* (1). Cette explication admise, et elle n'est contredite par aucun des textes que nous possédons sur la matière (Ulp., XXVIII § 7. — *Coll. leg. Mos.*, tit. 16, cap. 9 § 1), il est facile de voir que cette *bonorum possessio* tend à assurer soit au *manumissor*, soit à ses descendants, une préférence absolue par rapport à ses cognats de la ligne collatérale (2).

(1) Par application des règles relatives à la dévolution d'ordre à ordre (n° 460), les quatre classes de personnes dont je viens de parler peuvent aussi demander la *bonorum possessio unde patronus*, etc. dans le cas où, étant appelées à l'une des *bonorum possessiones unde legitimi* ou *tum quem ex familia*, elles les auraient répudiées expressément ou tacitement. Mais il saute aux yeux que ce n'est pas en vue d'une pareille hypothèse que le préteur créa la *bonorum possessio unde patronus*, etc.

(2) A l'explication très-simple, et, quoi qu'on ait pu dire, très-pratique, de Théophile, quelques interprètes ont substitué un système ingénieux peut-être, mais tout à fait arbitraire. Il faudrait, selon eux, supposer que le défunt a été affranchi soit par un autre affranchi, soit par un fils de famille émancipé *contracta fiducia*, c'est-à-dire par une personne qui n'a pas pu laisser d'agnats. Cela étant, lorsque le patron prédécède sans postérité, la *bonorum possessio tum quem ex familia* ne pouvant pas s'appliquer, le préteur se proposerait de la remplacer, et c'est ce qu'il ferait de la manière suivante : le défunt était-il l'affranchi d'un autre affranchi, sa succession serait déférée soit au patron ou à la patronne du *manumissor*, soit aux descendants *per masculos* du patron. Était-il l'affranchi d'un émancipé : le préteur appellerait soit les enfants du *manumissor*, soit son père; car celui-ci, grâce au contrat de fiducie, était *loco patroni* par rapport à son fils. — Une simple observation réfute ce système : on ne voit pas qu'il fasse jamais arriver les enfants de la patronne, et cependant le texte des Institutes et les textes précités d'Ulpien les appellent expressément.

7° *Bonorum possessio unde vir et uxor.* — A défaut des six classes de personnes qui viennent d'être énumérées, le préteur appelle le conjoint survivant. Les mots mêmes *vir et uxor*, qui ne conviennent qu'aux personnes engagées dans une union légitime encore subsistante, nous montrent clairement que cette *bonorum possessio* ne s'applique ni dans l'hypothèse d'un simple concubinat, ni dans celle d'un mariage déjà dissous par le divorce (L. 1 pr. et § 1, *Unde vir et ux.*, XXXVIII, 11). Elle n'a d'utilité, au surplus, qu'autant que la femme n'était pas *in manu mariti*. Et en effet, la femme *in manu* vient-elle à prédécéder : ses biens ont été acquis au mari qui les garde. Survit-elle : le droit prétorien, comme le droit civil, l'appelle en première ligne dans l'ordre des descendants. D'où il ressort que, tant que la *manus* resta dans les mœurs romaines, cette *bonorum possessio* dut être d'un usage assez rare, et peut-être cela explique-t-il la place si reculée qu'elle occupe dans la série des *bonorum possessiones*. Le préteur put, sans grand inconvénient, préférer au conjoint tous les agnats et tous les cognats, parce qu'il savait que la *manus* fournissait un moyen de les écarter. Mais le jour où elle eut disparu, cette préférence absolue, en devenant une réalité, devint aussi une iniquité.

8° *Bonorum possessio unde cognati manumissoris.* — A défaut d'autres personnes, le préteur défère la succession de l'affranchi aux plus proches cognats du *manumissor*. Mais, en principe, il s'arrête au sixième degré inclusivement, n'appelant parmi ceux du septième que les enfants d'un *sobrinus* ou d'une *sobrina* (Ulp., XXVII § 7) (1).

Il est facile d'apercevoir que ces diverses *bonorum possessiones* ne présentent pas toutes la même généralité d'application. Les *bonorum possessiones contra tabulas*, *secundum tabulas*, *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati*, *unde vir et uxor*, peuvent s'appliquer à la succession d'un citoyen quelconque. Les quatre autres supposent que le défunt a été *manumissus ex servitute* ou *ex mancipio*. Que si l'on essaye une classification fondée sur le but que le préteur se propose, les *bonorum possessiones contra tabulas*, *secundum tabulas* et *unde liberi*, nous apparaîtront tantôt conformes, tantôt contraires au droit civil. La *bonorum possessio unde decem personæ* le contredit toujours. Les cinq dernières *bonorum possessiones* ne font jamais que le compléter. Seule, la *bonorum possessio unde legitimi* marche en parfaite concordance avec le droit civil.

(1) On retrouvera la même limite dans la *bonorum possessio unde cognati* (n° 457. — T. II, p. 110, note 1).

444. Aux *bonorum possessiones* qui viennent d'être définies, il faut en ajouter une autre tout à fait anomale qu'on appelle *uti ex legibus*, expressions empruntées à la formule même par laquelle le préteur la consacre (L. 1 pr., *Ut ex leg.*, XXXVII, 14). Elle se distingue de toutes les autres en ce qu'elle n'est restreinte ni à une hypothèse prévue d'avance ni à certaines personnes déterminées, et qu'elle se donne tantôt *ex testamento*, tantôt *ab* intestat. Pour la bien comprendre, il faut supposer une personne expressément appelée par une loi, par un sénatus-consulte ou par une constitution impériale; mais, au lieu de lui déférer l'hérédité proprement dite, ce qui entraînerait application de la *bonorum possessio unde legitimi*, le législateur lui donne une *bonorum possessio* qu'il ne qualifie pas : on peut dire très-exactement qu'ici le droit civil se complète lui-même, mais par un procédé prétorien (§ 7 *sup.*). En proposant cette *bonorum possessio* dans son édit, le préteur ne fait donc que proclamer son entière obéissance au droit civil : il le confirme aussi bien dans la forme que dans le fond, tandis qu'ailleurs il ne le confirme jamais au fond, qu'en se l'appropriant par une forme nouvelle (1).

III. — DE LA *bonorum possessio contra tabulas*.

Lib. III, I, *De hereditatibus quæ ab intestato deferuntur*, § 12. — Eadem hæc observantur et in ea bonorum possessione quam contra tabulas testamenti parentis liberis præteritis, id est, neque heredibus institutis, neque, ut oportet, exheredatis, prætor pollicetur ; nam eos quidem qui in potestate parentis mortis tempore fuerunt, et emancipatos, vocat prætor ad eam bonorum possessionem; eos vero qui in adoptiva familia fuerint per hoc tempus quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, sicut ab intestato, ita longe minus contra tabulas testa-

Les mêmes règles sont observées dans la *bonorum possessio* que le préteur promet, contrairement aux tables du testament, aux descendants omis, c'est-à-dire qui n'ont été ni institués ni régulièrement exhérédés; en effet, il appelle à cette *bonorum possessio* tout ensemble ceux qui étaient sous la puissance de leur ascendant au jour de sa mort et les émancipés; quant à ceux qui se trouvaient dans une famille adoptive au moment où leur ascendant naturel mourait, il les repousse. Pareillement, quant aux enfants adoptifs émancipés par l'adoptant, de même que le préteur les exclut de sa suc-

(1) Gaius (III, §§ 46, 47, 50, 52) nous offre quelques applications de la *bonorum possessio uti ex legibus*.

menti, ad bona ejus non admittit, quia desinunt numero liberorum esse.

cession *ab* intestat, de même, et à bien plus forte raison, ne les appelle-t-il pas contrairement à son testament; car ils ne comptent plus au nombre de ses descendants.

445. Dans son application la plus importante et probablement aussi la plus ancienne, la *bonorum possessio contra tabulas* nous apparaît comme la sanction pratique des règles prétoriennes relatives à l'institution et à l'exhérédation des descendants. D'où il suit que, de telles règles n'étant imposées ni aux femmes qui testent ni en faveur des descendants *per feminas*, il ne peut jamais être question de cette *bonorum possessio* qu'à propos de la succession laissée par un homme et en faveur de ses descendants *per masculos* (L. 4 § 2, *De bon. poss. contr. tab.*, XXXVII, 4). Les notions anticipées que, chemin faisant, j'ai dû fournir sur cette matière (n° 334), vont se compléter par l'examen des quatre questions suivantes : 1° quelles sont les conditions nécessaires pour donner ouverture à la *bonorum possessio contra tabulas?* 2° à quelles personnes est-elle déférée? 3° comment se perd le droit de la demander? 4° quels effets produit-elle?

1re *Question*. — Il y a deux conditions tout à la fois nécessaires et suffisantes pour donner ouverture à la *bonorum possessio contra tabulas* : 1° il faut que le testateur ait omis l'une au moins des personnes que le préteur lui prescrit d'instituer ou d'exhéréder; et je rappelle que ces personnes sont, d'une part, tous les descendants naturels ou adoptifs qui ont au jour du décès la qualité d'héritiers *siens*, et d'autre part, les descendants naturels *per masculos* qui ne se trouvent civilement exclus de l'ordre des héritiers siens qu'à raison d'une *minima capitis deminutio* subie par eux-mêmes, par le défunt ou par un ascendant intermédiaire (1). Cette formule implique que, pour déterminer quels sont les descendants dont l'omission donne ouverture à la *bonorum possessio contra tabulas*, il faut se placer au jour du décès, à ce jour seulement. L'omission

(1) Gaius (III, § 20) nous offre un cas tout spécial qui ne rentre pas dans ma formule. Il donne la *bonorum possessio unde liberi*, et par conséquent aussi, quoiqu'il ne le dise pas, la *bonorum possessio contra tabulas*, au pérégrin qui a été gratifié du droit de cité en même temps que son père, mais sans tomber sous la puissance paternelle. Or, même en admettant, comme je l'ai fait (n° 179), que ces deux personnes aient subi une *capitis deminutio*, à coup sûr ce n'est pas là ce qui empêche le fils d'être héritier sien; car il ne le serait pas davantage, s'il fût demeuré pérégrin.

des descendants morts ou devenus incapables du vivant du testateur restera donc indifférente, comme à l'inverse on tiendra compte de l'omission du descendant qui, vivant et capable au jour du décès, n'était pas encore né ou avait perdu la capacité au jour de la confection du testament (L. 1 pr., §§ 1, 8 et 9, *De bon. poss. contr. tab.*) ; 2° il faut qu'au jour du décès, abstraction faite de l'irrégularité tenant à l'omission d'un descendant, le testament puisse produire un effet ou selon le droit civil ou selon le droit prétorien ; en d'autres termes, on veut que dès à présent ou dans l'avenir il puisse servir de cause légitime soit à une adition d'hérédité, soit à la demande d'une *bonorum possessio secundum tabulas*. Par exemple, le testateur a-t-il observé ou les formes du droit civil ou celles du droit prétorien : la *bonorum possessio contra tabulas* sera déférée. Elle ne le serait pas, s'il avait négligé et les unes et les autres. De même, a-t-il institué des personnes dépourvues de la *factio testamenti*, ou, si l'on aime mieux, son testament, d'abord valable, a-t-il ensuite été rompu ou est-il devenu *irritum :* il faudra voir si le préteur consacre, lui aussi, l'incapacité des institués ou la nullité postérieure du testament. Si oui, la *bonorum possessio contra tabulas* est inadmissible ; sinon, elle est accordée. Conformément à la même donnée générale, si tous les institués sont prédécédés, si tous ont perdu le droit de cité ou la liberté, il n'y a pas lieu à la *bonorum possessio contra tabulas*. Mais elle s'ouvre par la survie d'un seul institué capable ; il suffit même que l'institué soit un posthume ou un captif, pourvu que l'on puisse espérer la naissance de l'un et le retour de l'autre. Au surplus, la *bonorum possessio contra tabulas* une fois ouverte demeure déférée aux ayant droit, nonobstant toute répudiation des institués ou tous autres événements postérieurs qui entraîneraient la *destitutio testamenti* (L. 8 § 5, *De bon. poss. contr. tab.*). C'est ce résultat que les jurisconsultes expriment en disant que cette *bonorum possessio* n'est pas donnée contre les institués, mais bien *contra testamentum ipsum*, ou, plus pittoresquement, *contra lignum* (L. 4 pr. ; L. 19, *De bon. poss. contr. tab.*).

446. 2e *Question*. — En ce qui concerne la détermination des personnes appelées à la *bonorum possessio contra tabulas*, voici les trois règles que je pose :

1° Elle est toujours déférée aux descendants dans l'intérêt direct desquels elle a été introduite, c'est-à-dire à ceux que le testateur a omis contrairement à l'obligation que le préteur lui imposait de

les instituer ou de les exhéréder (§ 12 *sup.* — L. 1 pr. et § 6, *De bon. poss. contr. tab.*) (1). Ces descendants sont-ils *sui heredes :* le préteur, en décidant ainsi, marche pleinement d'accord avec le droit civil qui, lui aussi, annule le testament pour omission d'un *suus heres* quelconque. La qualité de *sui heredes* leur fait-elle défaut : le préteur contredit le droit civil ; il rescinde la *capitis deminutio* subie par eux ou par leur père, afin de les traiter comme s'ils fussent demeurés en la puissance du défunt jusqu'à sa mort (L. 6 § 1, *De bon. poss.*, XXXVII, 1. — L. 3 § 5, *De bon. poss. contr. tab.*) (2). De la règle qui vient d'être formulée, il résulte 1° que l'enfant donné en adoption, omis soit par l'adoptant, soit par le père naturel, n'obtient la *bonorum possessio* contre le testament de l'adoptant qu'à la condition d'être resté dans la famille adoptive, et qu'à l'inverse il ne l'obtient contre le testament du père naturel qu'autant que la mort de celui-ci le trouve redevenu *sui juris* par la dissolution de l'adoption (§ 12 *sup.* — L. 1 § 6 ; § L. 6 § 4, *De bon. poss. contr. tab.*) ; 2° que les petits-enfants émancipés ou nés d'un émancipé ne sont admis à la *bonorum possessio contra tabulas avi* qu'autant que leur père est prédécédé, devenu incapable, ou entré dans une famille adoptive à laquelle il appartient encore (L. 1 §§ 1 et 8 ; L. 3 §§ 3 et 4, *De bon. poss. contr. tab.*) ; 3° que, lorsque le défunt laisse à la fois un fils émancipé et de lui un petit-fils *in potestate*, l'un et l'autre arrivent, le petit-fils parce qu'il est *suus*, le fils parce qu'il le serait sans l'émancipation. Cette décision, introduite dans l'édit par le jurisconsulte Julien (L. 1 pr. ; L. 3, *De conj. cum emanc.*, XXXVII, 8), s'écarte certainement du principe général qui paraît avoir dirigé le préteur, et qui consiste à organiser la *bonorum possessio contra tabulas* sur le modèle de la succession déférée aux *sui*, je veux dire à appeler les descendants *per masculos* dans l'ordre même où les appellerait le droit civil si ceux qui sont devenus *sui juris* avant la mort du défunt eussent conservé leur rang naturel dans

(1) Bien entendu, je suppose ici qu'au jour du décès l'on peut attendre un effet du testament. Dans le cas contraire, les enfants omis arriveraient par la *bonorum possessio unde liberi*. Cette distinction n'est qu'une application de la règle d'après laquelle la *bonorum possessio contra tabulas* est donnée *contra lignum*.

(2) On a conjecturé que la *bonorum possessio contra tabulas* fut donnée aux *sui* avant d'être donnée aux émancipés et plus généralement aux descendants *non sui*. Mais les textes sur lesquels on fonde cette conjecture (L. 1 pr. et § 6, *De bon. poss. contr. tab.*) ne prouvent absolument rien. Ce qui est vrai, on le verra bientôt (n[os] 481 et 482), c'est que dans le principe cette *bonorum possessio* n'était d'une efficacité certaine qu'à l'égard des *sui*.

la famille (L. 1 § 1 ; L. 11 § 1, *De bon. poss. contr. tab.*). Aussi paraît-il qu'antérieurement à Julien l'émancipé excluait ses enfants demeurés *in potestate avi*, et cela était logique, puisque le préteur rescindait la *capitis deminutio* attachée à l'émancipation (1).

2° Bien que la *bonorum possessio contra tabulas* n'ait pas été créée dans l'intérêt des descendants institués, elle leur est néanmoins donnée à l'occasion des descendants omis. J'entends que, s'ouvrant au profit de ces derniers, elle s'ouvre nécessairement aussi au profit des descendants institués, et cela de telle sorte que le droit de la demander leur demeure acquis d'une manière définitive, encore que plus tard la personne omise ne puisse ou ne veuille faire usage de son propre droit (L. 3 § 11 ; L. 10 § 6, *De bon. poss. contr. tab.*). Et ici la protection prétorienne ne se restreint pas à ceux des descendants que le testateur ne pouvait omettre impunément, elle s'applique aussi aux descendants naturels qu'il a fait passer dans une famille adoptive et qui n'en sont pas sortis ; mais elle ne s'étend ni à ses descendants par les femmes, ni aux enfants simplement adoptifs qu'il a émancipés ou donnés en adoption à un tiers (L. 8 §§ 11 et 12, *De bon. poss. contr. tab.*) (2). Demandera-t-on maintenant ce que les institués gagnent à arriver par la *bonorum possessio contra tabulas* plutôt qu'en vertu du testament? Ils échappent, en principe, à l'obligation d'acquitter les legs et fidéicommis, et ils obtiennent dans tous les cas l'intégralité de leur part héréditaire *ab* intestat, alors même qu'ils n'ont été institués que pour une part moindre (L. 8 § 14, *De bon. poss. contr. tab.*). Ces avantages nous révèlent clairement le motif

(1) Les enfants ainsi admis avec leur père concourent avec lui seul et non avec les autres ayant droit. Je veux dire que, de même qu'ils lui enlèvent la moitié de la succession lorsque le défunt n'a pas laissé d'autres descendants qu'eux et lui, de même, s'il y en a d'autres, ils lui enlèvent bien encore la moitié de sa part ; mais le droit des autres descendants reste aussi plein que si l'émancipé n'avait pas d'enfants. En d'autres termes, l'émancipé et ses enfants ne comptent que pour une seule personne à l'égard des autres *bonorum possessores*. Et de là deux conséquences : 1° l'émancipé ne doit le rapport de ses biens personnels qu'à ses enfants (L. 1 pr. et § 1, *De conj. cum emanc. lib.*, XXXVII, 8) ; 2° eux seuls profitent de sa répudiation, et lui seul de la leur (L. 5 § 2, *Si tab. test. null.*, XXXVIII, 6). — Au surplus, le concours de l'émancipé et de ses enfants se retrouve, dans la même hypothèse et avec les mêmes règles, en matière de *bonorum possessio unde liberi* (L. 1 § 7 ; L. 5 pr., *Si tab. test. null.*).

(2) Il y a toutefois une différence importante à faire entre ces deux sortes de personnes : c'est que l'institution d'un descendant par les femmes est maintenue au moins dans une certaine mesure (n° 448), tandis que l'adopté sorti de la famille du testateur est absolument écarté.

de la règle : il ne fallait pas, pour réparer l'injustice commise à l'égard des descendants omis, leur faire une condition supérieure à celle des descendants que le testateur leur a préférés.

3° Le préteur refuse absolument la *bonorum possessio contra tabulas* aux descendants régulièrement exhérédés (1). Pour eux il n'y a d'autre ressource que la *querela inofficiosi testamenti* (L. 8 pr.; L. 11 § 5, *De bon. poss. contr. tab.*), et c'est là certainement une voie beaucoup moins simple et moins sûre, le *querelans* devant toujours prouver l'iniquité de l'exhérédation, tandis que la *bonorum possessio contra tabulas* s'obtient sur la simple constatation d'un fait matériel, l'omission (2).

447. 3° *Question*. — La *bonorum possessio contra tabulas* une fois déférée, l'appelé encourt déchéance par toute adhésion expresse ou tacite qu'il donne aux dernières volontés du défunt; mais alors il conserve, du moins en règle générale, les droits que le testament a pu lui conférer. Voici quelques cas où ce principe s'appliquera : 1° un legs a été laissé à l'émancipé omis, il l'accepte; ou bien son esclave ayant été institué, il lui ordonne de faire adition, (L. 3 §§ 15

(1) L'exhérédation irrégulière équivaut toujours à une omission. La *bonorum possessio contra tabulas* compète donc au descendant mâle exhérédé *inter ceteros*, à tou descendant *per masculos* qui n'a été exhérédé qu'à l'égard de l'un des héritiers inscrits, pareillement à celui qui, lorsque les institués du premier degré font défaut, n'aurait pas été exhérédé à l'égard du degré subséquent (L. 8 §§ 1 à 3, *De bon. poss. contr. tab.*).

(2) Voici une hypothèse dans laquelle l'application de cette troisième règle entraîne un résultat bizarre : le testateur a institué un *extraneus*, exhérédé un *suus*, omis un émancipé. De deux choses l'une alors : ou l'institué répudie, et c'est ce qu'il fera volontiers, n'ayant aucun bénéfice à retirer de l'adition ; dans ce cas, le testament étant *destitutum*, l'exhérédation perd sa force d'après le droit civil, et en conséquence le *suus* arrive comme héritier *ab* intestat, mais l'émancipé conserve son droit à la *bonorum possessio contra tabulas* en vertu du principe qui la répute donnée *contra lignum*. Il y a donc partage entre eux. Ou au contraire, l'institué fait adition, et par là, l'exhérédation se trouvant confirmée tant en droit civil qu'en droit prétorien, l'émancipé obtient seul la *bonorum possessio contra tabulas*, et il l obtient pour le tout. Toutefois le *suus* est admis, s'il y a lieu, à exercer la *querela inofficiosi testamenti* contre l'émancipé et à lui enlever ainsi la moitié de la succession. Il résulte de ces décisions que l'institué ouvrira des enchères entre le *suus* et l'émancipé, vendant au plus offrant sa répudiation ou son acceptation (L. 20 pr., *De bon. poss. contr. tab.*). Tryphoninus, qui constate ce résultat, ajoute que dans notre hypothèse le *suus* venant en concours avec l'émancipé sera tout à la fois mieux et moins bien traité que s'il eût été simplement omis : mieux, en ce qu'il échappe absolument à l'obligation d'acquitter certains legs exceptionnels dont le *bonorum possessor contra tabulas* reste tenu; moins bien, en ce que l'émancipé ne lui doit pas le rapport qu'il devrait à un *suus* arrivant comme lui par la *bonorum possessio contra tabulas* (L. 20 §§ 1 et 2, *De bon. poss. contr. tab.*).

et 16, *De bon. poss. contr. tab.* — L. 5 § 2, *De leg. præst. contr.*, XXXVII, 5) ; 2° l'émancipé omis était débiteur du défunt ; poursuivi par l'héritier institué, il néglige d'opposer l'exception *in factum* fondée sur son droit à la *bonorum possessio contra tabulas* (L. 15, *De bon. poss. contr. tab.*) ; 3° un institué qui n'est appelé à cette *bonorum possessio* qu'à raison de l'omission d'un autre descendant fait adition ou s'immisce, selon qu'il est lui-même émancipé ou *suus*. Cela a pour conséquence de lui laisser la part pour laquelle il est institué, sauf réduction si cette part excède son droit héréditaire *ab* intestat, et de le soumettre au payement des legs (L. 14 pr., *De bon. poss. contr. tab.*) (1).

448. 4° *Question.* — Quand on essaye de préciser les effets de la *bonorum possessio contra tabulas*, il faut avant tout se tenir en garde contre une exagération consistant à dire qu'elle enlève toute force au testament. Non seulement, en effet, il continue de subsister en pure théorie ; mais il s'applique dans toutes celles de ses dispositions qui n'ont rien d'incompatible avec le droit des personnes appelées par le préteur. Et de là le maintien des exhérédations avec tous leurs effets (L. 10 § 5, *De bon. poss. contr. tab.*) ; de là encore le maintien de la substitution pupillaire (L. 34 § 2, *De vulg. et pup. subst.*, XXVIII, 6), et sans doute aussi de la *tutoris datio ;* de là enfin, pour l'institué auquel cette *bonorum possessio* serait déférée, la faculté d'opter, comme on l'a vu tout à l'heure (n° 447), entre sa vocation de *bonorum possessor* et sa vocation d'héritier.

Quant aux effets positifs de la *bonorum possessio contra tabulas*, je crois pouvoir les enfermer tous dans les quatre règles qui suivent :

1° Dans la mesure où elle est déférée et demandée, les institutions tombent. Cependant, j'ai déjà expliqué (n° 334) qu'en présence de filles ou autres descendantes omises, l'institution des héritiers externes subsiste pour moitié, et je signalerai tout à l'heure une seconde exception à la règle.

2° Le *bonorum possessor* est investi de tout l'actif et de tout le passif compris dans les institutions qui tombent (2). Que s'il y a plu-

(1) Par exception, l'enfant que son père naturel a donné en adoption et institué n'encourt pas déchéance en faisant adition (L. 1 § 3, *De bon. poss. contr. tab.*). Car il ne peut arriver à la *bonorum possessio contra tabulas* qu'à raison de sa qualité d'institué.

(2) A lui aussi appartiennent les sûretés accessoires dont les créances héréditaires ont été fortifiées par le fait de l'héritier (L. 21 pr., *De fid.*, XLVI, 1. — T. I, page 1041, note 2).

sieurs appelés, le partage s'opère entre eux soit par têtes, soit par souches, selon les règles observées entre *sui heredes* (L. 11 § 1, *De bon. poss. contr. tab.*) (1).

3° Le *bonorum possessor* recueille les biens sans aucune charge de legs, fidéicommis ou donation *mortis causa*, toutes ces libéralités s'évanouissant avec les institutions qu'elles grevaient. Par une exception remarquable, sont maintenues et transférées à la charge des *bonorum possessores* les libéralités que le testateur a laissées à des descendants ou ascendants, à sa femme ou à sa bru, pourvu qu'elles soient valables en elles-mêmes (L. 1 ; L. 3 pr. et § 7, *De leg. præst. contr. tab.*) (2). Telle était la disposition expresse de l'édit, et très-logiquement l'empereur Antonin le Pieux en déduisit la nécessité de maintenir aussi les institutions faites en faveur de ces personnes privilégiées (L. 7, *De leg. præst. contr. tab.*). Mais entre elles toutes elles ne pouvaient obtenir au delà de la valeur d'une part virile, c'est-à-dire avoir plus que l'un des *bonorum possessores*. Cette limitation fut l'œuvre d'une jurisprudence inspirée par le désir très-sage d'empêcher la suppression indirecte du bénéfice attaché à la *bonorum possessio contra tabulas* (L. L. 6, 7 et 8 pr., *De leg. præst. contr. tab.*) (3).

4° Lorsque parmi les *bonorum possessores* il y a tout à la fois des *sui heredes* et des émancipés ou enfants d'émancipés, ceux-ci doivent aux *sui* le rapport de leurs biens personnels (L. 1 pr., *De coll. bon.*,

(1) Il ressort de cette règle qu'entre les parts des divers *bonorum possessores* il y a le même rapport que s'ils venaient à titre d'héritiers légitimes. Mais cela n'implique pas que le chiffre de ces parts soit exactement tel qu'il serait d'après le droit civil : elles peuvent, en effet, se trouver grossies, soit par une exhérédation qui diminue le nombre des copartageants, soit parce qu'un descendant institué pour une part inférieure à sa part héréditaire s'est contenté de sa qualité d'institué.

(2) Ces libéralités ne grèvent pas le *suus* omis. Car il pourrait arriver *ab* intestat sans aucune charge, et la *bonorum possessio* n'a pas pour but d'empirer sa condition (L. 15 pr., *De leg. præst. contr. tab.*).

(3) Voici deux autres cas où les legs et autres libéralités sont maintenus sans qu'on se préoccupe de rechercher quelle est la personne gratifiée : 1° la *bonorum possessio* appartient à des descendantes omises : on sait déjà que, quels que soient les institués, elles acquittent les legs proportionnellement à la part qu'elles recueillent (n° 333 et 334) ; 2° soit deux enfants émancipés ou *in potestate* dont l'un a été institué, l'autre omis. Celui-ci répudiant la *bonorum possessio*, l'institué qui la demande ne se dérobe pas aux charges dont il est grevé, parce qu'en fait l'événement prouve qu'il n'avait pas besoin d'une protection que le préteur ne lui accordait qu'à l'occasion de son frère omis (L. 17, *De inj. rupt.*, XXVIII, 3. — L. 14 pr., *De leg. præst. contr. tab.* — T. I, page 839, note 3).

XXXVII, 6). Cette obligation étant également admise à la charge ou en faveur des descendants qui arrivent par la *bonorum possessio unde liberi*, j'en renvoie pour le moment l'explication (Ulp., XXVIII § 4. — N°s 452 et s.).

449 *a*. Je n'ai envisagé la *bonorum possessio contra tabulas* que dans son application la plus connue. Toutefois je serais incomplet, si je négligeais de rappeler que le préteur la donne aussi, mais pour moitié seulement, au patron ou à ses descendants, lorsque l'affranchi qui les a omis ou institués pour une part moindre, meurt ayant exhérédé ses descendants naturels ou n'en laissant point (nº 427). Pareillement, elle est accordée dans la même hypothèse au père qui a émancipé son fils *contracta fiducia* (1), et il n'y a là qu'une suite de l'assimilation générale qu'on établit entre la *manumissio ex servitute* et la *manumissio ex mancipio* (nº 122) (2). De même que l'affranchi n'aurait jamais eu de patrimoine s'il ne fût devenu libre, de même l'enfant doit à l'émancipation d'avoir pu devenir propriétaire, et par là se justifie le droit du père. Mais ce droit cesse lorsque le père a reçu de l'argent pour émanciper son fils ou que celui-ci a testé *jure militari*, et dans aucun cas il n'appartient aux descendants de l'émancipateur, moins bien traités en cela que ceux du patron (L. 1 pr., §§ 3 à 5, *Si a par. quis manum.*, XXXVII, 12).

Dans ces deux applications spéciales, la *bonorum possessio contra tabulas* présente ce caractère particulier de n'être pas donnée *contra lignum* (L. 4 pr., *De bon. poss. contr. tab.*). Elle suppose donc que les institués peuvent et veulent recueillir; et de là cette conséquence que, si pour une raison quelconque ils ne recueillent pas, les descendants naturels exhérédés arrivent à l'exclusion du patron ou du père émancipateur ; car la *destitutio testamenti* a fait évanouir l'exhérédation avec tous ses effets. Que si les descendants naturels manquent, le patron et le père obtiennent le tout par la *bo-*

(1) La *bonorum possessio* du père est-elle restreinte à une moitié, ce qui semblerait plus logique, ou par faveur s'applique-t-elle au tout? Les deux opinions peuvent se défendre (L. 3 pr.,; L. 1 § 6, *Si a par. quis man.*, XXXVII, 12). Ce qui est certain, c'est que le droit du père n'est pas protégé, comme celui du patron, par les actions Faviana et Calvisiana, la dignité du fils émancipé ayant paru exiger qu'on lui laissât toute liberté d'aliéner (L. 2, *Si a par. quis man.* — T II, page 37, note 2).

(2) De cette assimilation il faut conclure que le fils émancipé mourant intestat sans laisser d'autres héritiers siens qu'une femme *in manu* ou un enfant adoptif, le père avait une *bonorum possessio dimidiæ partis ab intestato*, et c'est ce que prouve le dernier des textes cités à la note précédente.

norum possessio unde legitimi (1), et c'est pourquoi il était inutile ici de conserver à la *bonorum possessio contra tabulas* son caractère ordinaire.

IV. — DE LA *bonorum possessio secundum tabulas.*

450. Cette *bonorum possessio* est déférée aux institués dans l'ordre même où le testament les appelle, pour les parts qu'il leur assigne, et sous la charge d'exécuter toutes les libéralités qui leur ont été imposées (L. 2 §§ 2 et 4, *De bon. poss. sec. tab.*, XXXVII, 11). J'ai déjà indiqué (n[os] 336 et 342) dans quelle mesure le préteur déroge aux règles posées par le droit civil relativement à la validité originaire et au maintien du testament. Je me contenterai donc ici de résumer les conditions positives qu'il exige pour déférer la *bonorum possessio secundum tabulas*. Il faut : 1° que le testament porte les cachets de sept témoins citoyens romains, mâles et pubères (Ulp., XXVIII § 6. — N[os] 321 et 322) (2). Cependant un testament nuncupatif fait en présence de sept témoins est tenu pour suffisant, et alors la *bonorum possessio* est dite *secundum nuncupationem* (L, 8 § 4, *De bon. poss. sec. tab.* — L. 2, C., *De bon. poss. sec. tab.*, VI, 11); 2° que le testateur ait eu la *factio testamenti* active au jour de la confection de son testament, et qu'il soit mort ayant encore la capacité d'avoir un testament, sinon de le faire (Cicer., *Epist. ad famil.*, VII, 21. — L. 1 §§ 8 et 9, *De bon. poss. sec. tab.*) (3); 3° que l'institué lui-même ait eu la *factio testamenti* passive tant au jour de la confection du

(1) Telle est évidemment l'idée contenue dans un texte de Paul (L. 6 pr., *De bon. poss.*. XXXVII, 1), où il est dit qu'il n'y a pas de *jus accrescendi* au profit du patron. De deux choses l'une, en effet : ou à côté des institués qui ne recueillent pas il y en a un qui recueille, et alors c'est à lui seul que revient la part des défaillants, puisque le droit du patron est limité à une moitié; ou bien aucun des institués n'arrive, et alors le patron a de son chef et à un autre titre une *bonorum possessio* pour le tout, qui est nécessairement la *bonorum possessio unde legitimi*.

(2) Je suppose, bien entendu, que le testament existe encore au jour du décès et qu'il est l'expression incontestée des dernières volontés du défunt. Peu importe, du reste, qu'il vienne à être volé ou détruit postérieurement à la mort de son auteur (L. 1 §§ 1, 2, 3 et 7, *De bon. poss. sec. tab.*).

(3) Celui qui meurt fou ou interdit n'a pas la *factio testamenti* au moment de sa mort, et cependant il n'y a pas de doute sur la validité du testament qu'il a fait avant sa folie ou son interdiction. C'est donc à tort que l'un des textes cités (L. 1 § 8) exige le droit de tester au moment du décès; mais la pensée du jurisconsulte se trouve rectifiée et précisée dans le § suivant.

testament qu'au jour du décès. Par exception pourtant, la *bonorum possessio secundum tabulas* est accordée soit au posthume externe conçu *vivo testatore*, soit à certaines personnes morales (Inst., pr. *De bon. poss.*, III, 9. — L. 3 § 4, *De bon. poss.*, XXXVII, 1) ; 4° que l'institué possède le *jus capiendi* conformément aux règles tracées par le droit civil (L. 12 § 1, *De bon. poss.*) ; 5° enfin, que la *bonorum possessor contra tabulas* n'ait jamais pu ou ne puisse plus être déférée (L. 2 pr., *De bon. poss. contr. tab.*).

Ces conditions remplies, la *bonorum possessio* peut être demandée même en vertu d'une institution conditionnelle. Dans ce cas, elle ne devient définitive que par l'arrivée de la condition : celle-ci défaillant, ou elle se transforme en une *bonorum possessio contra tabulas*, ou elle s'évanouit, selon que l'institué est ou non compris dans la classe des personnes que le testateur était tenu d'instituer ou d'exhéréder (L. 23 pr., *De hered. inst.*, XXVIII, 5. — L. 2 § 1, et L. 6, *De bon. poss. sec. tab.* — N° 334 *in fine*) (1).

V. DE LA *bonorum possessio unde liberi*. — DE LA *collatio bonorum*.

Lib. III, tit. I, *De hereditatibus quæ ab intestato deferuntur*, § 9. — Emancipati autem liberi jure civili nihil juris habent : neque enim sui heredes sunt, quia in potestate parentis esse desierunt, neque ullo alio jure per legem duodecim tabularum vocantur. Sed prætor, naturali æquitate motus, dat eis bonorum possessionem *unde liberi*, perinde ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent, sive soli sint, sive cum suis heredibus concurrant. Itaque duobus liberis extantibus, emancipato et qui tempore mortis in potes-

Quant aux enfants émancipés, le droit civil ne leur donne aucune vocation : en effet, ils ne sont pas héritiers siens puisqu'ils ont cessé d'être en la puissance de leur père, et la loi des Douze Tables ne les appelle à aucun titre. Mais le préteur, mû par l'équité naturelle, leur donne la possession de biens *unde liberi*, de même que s'ils eussent été en la puissance de leur père au jour de sa mort, soit qu'ils viennent seuls ou en concours avec des héritiers siens. Donc, étant donné deux enfants, l'un émancipé, l'autre resté en puis-

(1) Cette *bonorum possessio* dut toujours être *decretalis* au début ; mais, conformément à une théorie générale qui sera ultérieurement présentée (nos 466 et 467), elle dut devenir *edictalis* dans les cas où l'institué avait, quoi qu'il pût arriver, un droit certain, c'est-à-dire lorsqu'il appartenait à la classe des personnes que le testateur n'est pas libre d'omettre. Hors ce cas, elle resta *decretalis*, comme le prouve la nécessité imposée à l'institué de fournir caution (L. 8 pr., *De stip. præt.*, XLVI, 8. — Paul, V, 9 § 1).

tate fuerit, sane quidem is qui in potestate fuerit, solus jure civili heres est, id est, solus suus heres est; sed, quum emancipatus beneficio prætoris in partem admittitur, evenit ut suus heres pro parte heres fiat.

sance jusqu'au jour du décès, sans aucun doute, ce dernier seul est héritier d'après le droit civil, c'est-à-dire seul héritier sien; mais, comme l'émancipé est admis, pour une part grâce au bienfait du préteur, il arrive que l'héritier sien n'est plus héritier que pour partie.

§ 10. — At hi qui emancipati a parente in adoptionem se dederunt, non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi, si modo, quum is moreretur, in adoptiva familia sint; nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre, perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptiva familia fuissent; et convenienter, quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem vero naturalis patris emancipati ab adoptivo, et quantum ad hunc, æque extraneorum loco fiunt, et quantum ad naturalis parentis bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur : quod ideo sic placuit, quia iniquum erat esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertinerent, utrum ad liberos ejus, an ad adgnatos.

Mais ceux qui, émancipés par leur père, se sont donnés en adoption, ne sont pas admis comme descendants aux biens de leur père naturel, si toutefois au jour où ce dernier mourait ils étaient encore dans la famille adoptive; si en effet, de son vivant même, ils ont été émancipés par l'adoptant, ils sont admis aux biens du père naturel, comme s'ils avaient été émancipés par lui-même et ne se fussent jamais trouvés dans la famille adoptive; et par voie de conséquence, à l'égard de l'adoptant ils deviennent dès lors des étrangers. Quant à ceux qui après la mort du père naturel sont émancipés par l'adoptant, à l'égard de ce dernier ils déviennent également des étrangers, et ils ne recouvrent pas pour cela leurs droits de descendants en ce qui concerne les biens du père naturel : décision fondée sur ce qu'i serait inique que la succession du père naturel appartînt ou à ses descendants, ou à ses agnats, selon le caprice de l'adoptant.

§ 11. — Minus ergo juris habent adoptivi quam naturales : namque naturales emancipati beneficio prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdunt; adoptivi vero emancipati et jure civili perdunt gradum liberorum, et a prætore non adjuvantur, et recte : naturalia enim

Les enfants adoptifs ont donc moins de droit que les enfants naturels : en effet, les enfants naturels émancipés conservent par le bienfait du préteur le rang de descendants qu'ils perdent d'après le droit civil; au contraire, les enfants adoptifs émancipés perdent aussi d'après le droit civil

jura civilis ratio perimere non potest, nec, quia desinunt sui heredes esse, desinere possunt filii filiæve aut nepotes neptes esse; adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse, quia jus nomenque filii filiæve, quod per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est emancipatione, perdunt.

le rang de descendants; mais le préteur ne vient pas à leur aide, et avec raison : car la loi civile ne peut pas détruire des droits naturels, et, en cessant d'être héritiers siens, ils ne cessent pas pour cela d'être fils ou filles, petits-fils ou petites-filles; au contraire, les enfants adoptifs une fois émancipés deviennent des étrangers, parce que le nom et les droits de fils ou filles que l'adoption leur a fait acquérir leur échappent d'après les principes du droit civil, c'est-à-dire par l'émancipation.

451. Je résume comme il suit la théorie de la *bonorum possessio unde liberi* :

1° Elle suppose qu'il n'y a jamais eu ou qu'il n'y a plus lieu à une *bonorum possessio* testamentaire (L. 1 § 2, *Si tab. test. null.*, XXXVIII, 6). Elle est donc déférée dès le jours du décès, lorsque le défunt n'a pas testé ou que dès à présent l'inefficacité de son testament est certaine. Mais elle peut aussi n'être déférée que plus tard, et cela lorsque le testament ne manque son effet que par une cause postérieure, telle que lamort ou la répudiation de tous les institués (L. 1 § 3, *Si tab. test. null.*).

2° Sont appelés à cette *bonorum possessio* tous les descendants que d'après le droit prétorien un testateur est tenu d'instituer ou d'exhéréder, mais eux seuls (1). Elle appartient donc d'abord, et en cela elle confirme le droit civil, à tous les *sui heredes*, naturels ou adoptifs; elle appartient également, et ici elle combat le droit civil, aux descendants naturels émancipés par le défunt, à ceux qu'il a donnés en adoption et qui avant sa mort sont sortis de la famille adoptive par voie d'émancipation, et plus généralement à tous

(1) Ulpien (L. 1 § 6, *Si tab. test. null.*) pose la même règle sous une forme un peu moins exacte : la *bonorum possessio unde liberi* est donnée, dit-il, aux mêmes descendants que la *bonorum possessio contra tabulas*. Or on a vu (n° 446) que les descendants naturels qui au jour du décès de leur auteur se trouvent *in adoptiva familia* peuvent arriver à la *bonorum possessio contra tabulas* sous la condition d'avoir été institués, et cependant on va voir que la *bonorum possessio unde liberi* leur est absolument refusée. Sous la réserve de cette légère rectification, la formule d'Ulpien n'a pas d'autre sens que la mienne.

les descendants naturels qui compteraient parmi les *sui heredes* si une *minima capitis deminutio*, que le préteur est obligé de rescinder, ne les avait empêchés d'acquérir ou de conserver cette qualité. Mais jamais elle n'est accordée ni à des descendants naturels entrés et restés dans une famille adoptive, ni à des descendants simplement adoptifs qui ne se trouveraient plus sous la puissance du défunt au jour de sa mort (§§ 9, 10 et 11 *sup*. — Ulp., XXVIII § 8. — L. L. 4 et 5 § 1, *Si tab. test. null.*).

3° Parmi les descendants compris dans la précédente règle, il n'a point de distinction à faire. Institués, omis ou exhérédés, la *bonorum possessio unde liberi* leur est donnée à tous ensemble (L. 32, *De lib. et post.*, XXVIII, 2. — L. 1 § 9, *Si tab. test. null.* — L. 1 § 11, *De succ. edict.*, XXXVIII, 9) (1).

4° Les appelés à la *bonorum possessio unde liberi* recueillent les biens sans avoir à supporter la charge des libéralités testamentaires, même de celles que par exception la *bonorum possessio contra tabulas* laisse subsister, et le partage se fait entre eux selon les règles suivies entre les héritiers siens (n° 424).

5° Le rapport leur est imposé ou dû dans les mêmes cas et selon les mêmes règles que s'ils arrivaient par la *bonorum possessio contra tabulas* (L. 9, *De coll. bon.*, XXXVII, 6. — L. 9, C., *De coll.*, VI, 20). C'est donc ici qu'un exposé sommaire de la théorie prétorienne du rapport ou *collatio bonorum* trouve sa place naturelle.

(1) Comment comprendre la *bonorum possessio unde liberi* déférée à des descendants institués ou omis? Pour les uns et pour les autres, il n'y a qu'à se placer dans l'hypothèse d'un testament valablement fait, mais devenu nul dans des conditions telles que le droit prétorien lui-même n'en tienne plus aucun compte (n° 342). Spécialement pour les enfants omis, on peut encore se placer dans l'hypothèse d'un testament resté valable, mais condamné à demeurer sans effet parce que tous les institués sont morts du vivant du testateur. Voilà les cas les plus pratiques. Mais il est possible aussi que les enfants institués ou omis répudient les *bonorum possessiones* testamentaires qui leur compètent, et alors, à défaut d'autres appelés, la *bonorum possessio unde liberi* leur est déférée par application d'une règle générale que j'exposerai bientôt (L. 1 § 11, *De succ. edict.*, XXXVIII, 9. — N° 460). Toutefois il sera rare que ces descendants répudient une *bonorum possessio* testamentaire pour demander la *bonorum possessio unde liberi*; et en effet, un tel parti peut leur nuire et ne peut jamais leur profiter. Il leur nuit, lorsqu'il y a des exhérédés, car ceux-ci sont exclus des *bonorum possessiones* testamentaires, et non de la *bonorum possessio unde liberi*; il ne leur profite pas, car c'est une règle établie par le préteur que quiconque répudie une *bonorum possessio* testamentaire pour demander une *bonorum possessio ab* intestat reste néanmoins tenu des legs ou autres charges que cette *bonorum possessio* testamentaire lui eût imposés (L. 1 pr. et § 9; L. 6, § 9, *Si quis omiss. caus. test.*, XXIX, 4).

452. Le rapport ou *collatio bonorum* consiste dans l'obligation imposée aux descendants émancipés de partager leurs biens personnels avec les *sui heredes* qui arrivent en même temps qu'eux à l'une des *bonorum possessiones contra tabulas* ou *unde liberi*. Cette obligation étrangère à toute autre *bonorum possessio*, et notamment à la *bonorum possessio secundum tabulas* où elle contredirait la volonté du défunt (L. 1, C., *De coll.*, VI, 20), dérive d'un motif bien facile à saisir : les *sui heredes* n'ont pu acquérir que pour l'ascendant défunt ; leurs acquisitions se partagent donc forcément entre eux et les descendants émancipés, tandis que ceux-ci, grâce à leur émancipation, se trouvent peut-être à la tête d'une certaine fortune personnelle, fortune qui, s'ils fussent restés *in potestate*, se serait inévitablement confondue dans le patrimoine du père et appartiendrait aujourd'hui à tous ses descendants. Or le préteur qui rescinde la *capitis deminutio* à l'effet de rendre à l'émancipé son droit sur la succession paternelle, ne doit-il pas, sous peine de heurter à la fois l'équité et la logique, la rescinder aussi à l'effet de donner aux *sui* le droit qu'elle les a empêchés d'acquérir sur les biens de l'émancipé (L. 1 pr., *De collat.*, XXXVII, 6)? Je n'ai parlé que des émancipés, seuls textuellement visés dans l'édit du préteur ; mais le même motif commandait qu'on imposât le rapport à tous les autres descendants qui, sans avoir été émancipés par le défunt, n'avaient pas eu besoin de sa mort pour devenir *sui juris* (L. 2 pr., *De collat.*). Bien mieux, dans les cas rares où parmi les appelés se rencontre un descendant *non suus* qui n'est pas *sui juris*, l'obligation de rapporter se conçoit encore ; sans doute ce descendant n'a pas de biens personnels, mais le père de famille sous la puissance duquel il est placé en a, et, comme c'est lui qui doit profiter de la *bonorum possessio*, c'est lui aussi qui rapportera (L. 1 § 14 ; L. 5 pr., *De collat.*) (1). Ma conclusion est donc que le rapport incombe soit au *bonorum possessor* lui-même, s'il est *sui juris* au jour du décès, soit, dans le cas contraire, à l'ascendant naturel ou adoptif qui recueille par lui le bénéfice de la *bonorum possessio*. Quant à la façon dont s'exécute l'obligation de rapporter, la règle écrite dans l'édit est que l'émancipé

(1) Voici les hypothèses prévues dans ces deux textes : 1° le défunt a institué son fils naturel actuellement soumis à la puissance d'un père adoptif ; 2° le défunt est un émancipé dont le fils est né et resté sous la puissance de son aïeul. — Dans ces cas le rapport ne s'applique sans doute qu'aux biens acquis par l'intermédiaire du successible, et il cesse absolument si celui-ci est émancipé sans fraude avant l'acquisition de la *bonorum possessio*.

doit fournir une *cautio*, c'est-à-dire promettre la mise en commun de ses biens et garantir cette promesse par une *satisdatio*. Mais cette règle n'est point entendue dans un sens absolu. D'une part, en effet, la *satisdatio* peut être suppléée par des gages ou hypothèques (1). D'autre part la promesse personnelle elle-même, et par conséquent la *satisdatio*, cessent d'être nécessaires, lorsque l'émancipé fait un rapport en nature ou en moins prenant et que ses cohéritiers sont d'accord avec lui sur la consistance de ses biens. On dit alors que la *collatio* a lieu *re* (L. 1 §§ 9, 11 et 12 *De coll.*). Au surplus, l'obligation de rapporter n'est qu'une conséquence et une charge de la *bonorum possessio* déjà demandée et obtenue, mais le rapport n'est pas une condition préalable de la formation de la demande, d'où il suit que le *bonorum possessor* qui meurt ayant formé sa demande et n'ayant pas encore fourni la *cautio*, transmet son droit à ses héritiers. Mais régulièrement l'obligation de rapporter doit être exécutée dans l'année qui suit l'ouverture du droit, c'est-à-dire précisément dans le délai donné aux descendants pour obtenir la *bonorum possessio*, et cela à peine pour le contrevenant de se voir refuser toute action soit contre les autres successibles, soit contre les tiers (L. 8, *De collat.* — LL. 11 et 16, C., *De collat.*) (2).

453 a. De l'idée même qui sert de base à l'obligation du rapport, on conclut que le droit de l'exiger et d'en profiter n'appartient jamais qu'aux *sui* (L. 3 §§ 2 et 3, *De collat.*). Donc, lorsque la *bonorum possessio* n'est déférée qu'à des émancipés, il ne saurait être question de rapport (L. 9, C., *De collat.*). Donc aussi, le *suus* en concours avec plusieurs émancipés se trouvera nécessairement mieux traité que chacun d'eux. Si par exemple on suppose que la fortune du défunt comprend quatre cents, qu'il laisse deux enfants en puissance, et deux émancipés dont l'un a cent et l'autre soixante, chacun des quatre enfants prendra d'abord cent sur les biens du père; puis, chaque émancipé fera de son patrimoine trois parts égales dont il retiendra l'une et donnera les deux autres aux enfants *in potestate*.

(1) On déroge ici à la règle générale d'après laquelle les satisdations prescrites par le préteur ne peuvent être remplacées par aucune autre espèce de sûretés (L. 7, *De præt. stip.*, XLVI, 5).

(2) Que décider lorsque le *bonorum possessor* est disposé à exécuter son obligation et ne trouve pas de fidéjusseurs? En ce cas, au lieu de lui appliquer la déchéance qu'il encourrait par un refus, on confie provisoirement l'administration de sa part à un curateur, et il ne la touche qu'après avoir ou effectué le rapport ou fourni la fidéjussion exigée (L. 1 § 10; L. 2 § 9, *De collat.*).

Ceux-ci auront donc chacun 153 et 1/3, tandis que le premier émancipé n'aura que 133 et 1/3 et le second seulement 120 (L. 1 § 24; L. 3 § 2, *De collat.*). Tout cela revient à dire que l'émancipation n'est pas réputée rescindée entre les émancipés, le préteur considérant sans doute qu'ils ne se font aucun tort les uns aux autres, puisque le droit civil les exclurait tous.

De ce que le rapport ne peut être dû qu'aux *sui*, on ne doit pas conclure qu'il leur soit toujours dû. Leur droit est subordonné à une double condition :

1° Il ne suffit pas que la *bonorum possessio contra tabulas* ou *unde liberi* leur soit déférée, il faut qu'ils en soient investis. Et de là notamment ces deux conséquences : 1° le *suus*, venant à mourir avant d'avoir demandé la *bonorum possessio*, transmet bien à ses successeurs la part virile dont sa qualité d'héritier nécessaire l'a de plein droit saisi ; mais ceux-ci ne peuvent prétendre au rapport ni de son chef, puisque lui-même n'a jamais pu l'exiger, ni de leur propre chef, puisqu'ils n'ont pas personnellement vocation à la *bonorum possessio* (L. 1 § 8, *De collat.*) ; 2° le *suus* institué qui se trouve en présence d'un émancipé omis, et qui, au lieu de demander la *bonorum possessio contra tabulas*, fait un acte d'immixtion, n'est plus admissible à demander le rapport ; car il est déchu de son droit à la *bonorum possessio* (n° 447) (1).

2° Le rapport n'est dû au *suus* qu'autant que le concours de l'émancipé lui préjudicie, et dans la mesure même de ce préjudice (L. 1 § 5, *De collat.*). Voici les principales applications de cette règle : 1° si le défunt laisse un fils *suus* et d'un autre fils prédécédé trois petits-enfants dont l'un soit *suus* et les deux autres émancipés, le rapport n'est dû par ces deux derniers qu'à leur frère, et il a pour objet le tiers des biens de l'un et de l'autre (L. 7, *De coll.*) ; 2° l'émancipé omis, qui concourt et avec ses propres enfants restés en la puissance du défunt et avec un autre *suus*, ne doit le rapport qu'à ses enfants, car

(1) Scévola (L. 10, *De collat.*), tout en reconnaissant que telle est bien la conséquence logique de l'édit, la repousse. Le concours de l'émancipé réduisant l'institution du *suus* à une part virile, celui-ci, dit-il, peut demander le rapport. On lui oppose le droit prétorien, par réciprocité il doit pouvoir l'opposer aussi. Mais faut-il conclure de là que Scévola entendît exclure d'une manière générale le principe que j'ai posé, et que, par exemple, en l'absence de testament il autorisât le *suus* qui se contentait de sa qualité d'héritier sien à exiger le rapport ? Je ne le pense pas, et il me semble même que le motif donné par le jurisconsulte résiste à une pareille extension de sa décision.

sa part se prend tout entière sur la leur (T. II, p. 86, note 1); 3° lorsque le défunt a institué un *suus* pour trois quarts et un étranger pour un quart, l'émancipé omis, n'enlevant au *suus* qu'un quart de l'hérédité, ne lui doit que le quart de ses biens (L. 1 § 3, *De collat.*); 4° si, renversant la précédente hypothèse, on suppose l'étranger institué pour trois quarts, le *suus* pour un quart, l'émancipé est absolument déchargé du rapport, parce que sa présence, bien loin de nuire au *suus*, lui procure un bénéfice (L. 1 § 4, *De collat.*); 5° l'émancipé qui par la *bonorum possessio contra tabulas* n'obtient rien au delà de ce que le défunt lui a laissé à titre d'institution ou de legs, ne rapporte rien non plus; car il ne fait tort à personne (L. 1 §§ 6 et 7, *De collat.*).

454 *a*. Que si maintenant on recherche quels sont les biens rapportables, la règle, telle qu'elle résulte de l'idée mère qui préside à toute cette théorie, sera celle-ci : le rapport s'applique à tous les biens qui sans l'émancipation se trouveraient aujourd'hui compris dans la succession, mais ne s'applique qu'à ces biens. Régulièrement donc, il comprend, sous la seule déduction des *bona castrensia* et *quasi castrensia* (L. 1 § 15, *De collat.*) (1), tout l'actif corporel ou incorporel formant au jour du décès le patrimoine de l'émancipé, mais cela sous la charge de toutes les dettes dont cet actif peut être grevé à la même époque (L. 2 § 1, *De collat.* — L. 15, C., *De collat.*). Par exception, l'enfant est dispensé de rapporter : 1° les biens dont son père l'a gratifié *dignitatis causa*, car ils lui servent à soutenir certaines charges spéciales (L. 1 § 16, *De collat.*); 2° la dot qu'il a reçue de sa femme, quand même celle-ci serait déjà morte; car cette dot correspond aussi à des charges, et d'ailleurs le *suus* lui-même prélève sur les biens paternels la dot de sa propre femme (L. 1 § 20; L. 3 § 4, *De collat.*); 3° les actions d'injures qui peuvent lui appartenir; de telles actions, en effet, bien qu'aboutissant à une condamnation pécuniaire, tendent surtout à réparer une atteinte portée à l'honneur (L. 2 § 4, *De collat.*) (2).

(1) Sur ce texte voir t. I, page 730, note 3.

(2) Plus généralement, il paraît que les actions qui ne se transmettaient pas aux héritiers n'étaient pas comprises dans l'obligation de rapporter. C'est la conclusion que je tire d'un texte où Ulpien se demande si l'action en réclamation de la quarte Antonine est rapportable : la question, dit-il, consiste à savoir si cette action passe ou non aux héritiers, et c'est parce qu'il admet l'affirmative sur ce premier point qu'il conclut au rapport (L. 1 § 21, *De coll.* — Tome I, page 255, note 1).

455. Telle fut la théorie prétorienne. Voici maintenant les modifications successives que la jurisprudence et les constitutions impériales y apportèrent.

Et d'abord il résultait des dispositions de l'édit qu'une fille restée *in potestate defuncti* ne rapportait jamais sa dot, quoique la dot constituât pour elle une sorte de patrimoine (L. 3 § 5, *De min.*, IV, 4. — Ulp., VI § 6). Cet avantage exorbitant lui fut retiré par Antonin le Pieux : désormais la fille *in potestate* dut rapporter sa dot, soit qu'elle arrivât par la *bonorum possessio contra tabulas*, soit que, venant *ab* intestat, elle demandât la *bonorum possessio unde liberi* ou se contentât de sa qualité de *sua heres* (L. 1 pr.; L. 9, *De dot. coll.*, XXXVII, 7). Cette décision s'appliqua même à la dot adventice, bien que l'inégalité qu'elle se proposait de faire disparaître ne fût vraiment choquante que lorsqu'il s'agissait d'une dot profectice (L. 1 § 7, *De dot. coll.* — L. 4, C., *De coll.*).

Pareillement, d'après les règles de l'édit, le rapport de la dot n'aurait jamais été dû qu'aux *sui*. Or la jurisprudence, après beaucoup d'hésitations et de controverses, finit par établir une distinction : la règle prétorienne fut conservée à l'égard de la dot adventice, mais la dot profectice dut être rapportée tant aux enfants émancipés qu'aux *sui*, et cela sans distinguer si la fille dotée était elle-même émancipée ou non ; décision tout à fait équitable, car, sans la constitution de dot, l'hérédité paternelle eût été plus riche et la part de chaque enfant plus grosse (L. 4, C., *De collat.*)(1).

Jusqu'à présent, le rapport ne nous apparaît dû que dans la succession d'un ascendant mâle et par des descendants *per masculos*. En l'année 439, l'empereur Léon décida qu'un descendant quelconque succédant à son ascendant ou à son ascendante, soit en l'absence de testament et cela à quelque titre que ce fût, soit par la *bonorum possessio contra tabulas* ou même par l'effet de la *querela inofficiosi*, rapporterait aux autres descendants la dot ou la donation *ante nuptias* par lui reçue du défunt ou de la défunte (L. 17, C., *De collat.*) (2).

(1) Il va de soi que la dot échappe au rapport, lorsqu'elle a été fournie par un tiers qui en a stipulé la restitution (L. 1 § 1, *De dot. coll.*). Il est également évident que si le mariage subsiste encore, la femme ne peut point exiger de son mari une restitution anticipée; son obligation se borne donc à moins prendre dans la succession paternelle ou à promettre qu'une fois le mariage dissous elle partagera sa dot avec ses cohéritiers (L. 20 pr., *Fam. erc.*, X, 2. — L. 5, C., *De coll.*).

(2) La constitution de Léon, combinée avec une constitution antérieure des empereurs Arcadius et Honorius (L. 5, C. Th., *De leg. her.*, V, 1), fit naître des difficultés

Cette décision laissait subsister, il est vrai, l'ancienne théorie dans toutes ses applications, mais elle contenait en germe une théorie nouvelle consistant à exiger le rapport dans la succession de tout ascendant et à n'y soumettre que des biens que le successible tiendrait du défunt lui-même. Telles étaient, en effet, les idées qui devaient, par la force des choses, se substituer à celle sur laquelle le préteur avait primitivement fondé le rapport; cette substitution n'était que la conséquence logique et le couronnement du changement de doctrine qui assurait au fils de famille la propriété de tous les biens à lui advenus ou acquis sans le fait du père (n° 298). C'est Justinien qui consomma la réforme. Ses innovations, et je ne parle pour le moment que de celles qui figurent au code, sont les suivantes : 1° dans toute succession légitime échue, à quelque titre que ce soit, à des descendants quelconques, émancipés ou non, chacun doit rapporter les biens qu'il a reçus du défunt et qui régulièrement s'imputent sur la quarte légitime (n° 355), et parmi ces biens figurent entre autres la dot (1) et la donation *ante nuptias* (L. 20, C., *De coll.*) (2); 2° ne sont point rap-

pour le cas où la succession était dévolue tout ensemble à des fils ou à des filles et à des petits-enfants issus d'un enfant prédécédé. Les fils et les filles soutenaient que le rapport de la dot et de la donation *ante nuptias* ne pouvait être exigé d'eux par les petits-enfants. Et d'autre part, ceux-ci prétendaient ne devoir le rapport de ces libéralités qu'à leurs oncles et tantes maternels, et non à ceux de la ligne paternelle. Justinien trancha la discussion en décidant que ce rapport serait dû et pourrait être exigé sans distinction par tous les descendants (L. 19, C., *De coll.*).

(1) La femme dont le mari est devenu insolvable doit-elle néanmoins le rapport de la dot? La question, d'après la novelle 97 (cap. 6), revient à examiner si elle a pu, agissant elle-même et par sa seule volonté, exiger la restitution *durante matrimonio*. Or la novelle lui reconnaît d'abord ce droit dans deux cas très précis, savoir lorsqu'elle est *sui juris*, ou qu'étant *in potestate* elle a été dotée par un ascendant autre que le père de famille; puis, elle le lui accorde aussi dans une troisième hypothèse bien mal définie, savoir, quand la dot constituée par le père de famille lui-même est considérable (*major*). Dans tous ces cas le rapport est dû selon le droit commun, parce que l'inaction de la femme constitue une faute dont elle seule doit souffrir. Mais supposons qu'étant *in potestate* elle ait reçu du père de famille une dot modique; malgré le mauvais état des affaires du mari, elle n'a pas pu, sans le concours ou le consentement de cet ascendant, exiger la restitution anticipée. Si donc il l'a empêchée d'agir, elle n'a rien à s'imputer; et en conséquence la novelle décide qu'elle rapportera, non pas sa dot, mais ses actions contre le mari ou la succession du mari, c'est-à-dire qu'elle prendra sa part des biens paternels comme si elle n'avait jamais été dotée, et que le droit de poursuivre la restitution de la dot se divisera entre elle et ses frères comme les actions héréditaires.

(2) Les simples donations entre-vifs ne se rapportent pas. Telle est la règle. Mais Justinien, par équité, la fait fléchir dans le cas où le descendant donataire concourt avec un autre descendant qui lui-même rapporte une dot ou une donation *ante nuptias* (L. 20 § 1, C., *De collat.*).

portables les biens qui échappent à l'acquisition du père, c'est-à-dire non-seulement les *bona castrensia* ou *quasi castrensia* que l'ancien droit lui-même affranchissait du rapport, mais aussi les *bona adventitia* (L. 21, C., *De coll.*). — Désormais donc, le rapport étant dû dans la succession de tout ascendant ou ascendante, et ne portant jamais que sur des biens qui proviennent du défunt, que reste-t-il de la théorie primitive? deux choses seulement : le rapport n'est jamais imposé ni aux ascendants ni aux collatéraux, et les descendants eux-mêmes n'y sont pas soumis lorsqu'ils arrivent en vertu d'une disposition testamentaire. Mais sur ce second point la législation du code ne tarda pas à être modifiée par Justinien lui-même. Une novelle rendue en l'année 536 décide en effet que désormais les descendants se devront réciproquement le rapport même dans les successions testamentaires. Une telle obligation ne peut plus être écartée que par une disposition expresse du testament (nov. 18, cap. 6), tandis qu'autrefois c'est pour la faire naître qu'une telle disposition était nécessaire (L. unic. 12, C., *De re ux.*, V, 13).

VI. — DE LA *bonorum possessio unde cognati.*

Lib. III, tit. III, *De hereditatibus quæ ab intestato deferuntur*, § 13. — Admonendi tamen sumus eos qui in adoptiva familia sunt, quive post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint, intestato parente naturali mortuo, licet ea parte edicti, qua liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur, alia tamen parte vocari, id est, qua cognati defuncti vocantur. Ex qua parte ita admittuntur, si neque sui heredes liberi, neque emancipati obstent, neque adgnatus quidem ullus interveniat : ante enim prætor liberos vocat tam suos heredes, quam emancipatos, deinde legitimos heredes, deinde proximos cognatos.

Lib. III, tit. V, *De successione*

Cependant nous devons avertir, quant aux enfants qui sont actuellement dans une famille adoptive et à ceux qui ont été émancipés par l'adoptant après la mort de leur père naturel décédé intestat, que si le préteur ne les appelle point dans la partie de l'édit qui défère la *bonorum possessio* aux descendants, il les appelle dans une autre partie, dans celle qui donne vocation aux cognats du défunt. Mais ils ne sont admis à ce titre qu'à défaut d'héritiers siens, de descendants émancipés et d'agnats; car le préteur appelle en première ligne les descendants héritiers siens ou émancipés, puis les héritiers légitimes, et après eux les plus proches cognats.

Après les héritiers siens et ceux

cognatorum (1), pr. — Post suos heredes, eosque quos inter suos heredes prætor et constitutiones vocant, et post legitimos, quorum numero sunt adgnati, et hi quos in locum adgnatorum tam supradicta senatus-consulta (2), quam nostra erexit constitutio (3), proximos cognatos prætor vocat.

§ 1. — Qua parte naturalis cognatio spectatur; nam adgnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege duodecim tabularum inter legitimos non habentur, sed a prætore tertio ordine vocantur, exceptis solis tantummodo fratre et sorore emancipatis, non etiam liberis eorum, quos lex Anastasiana (4) cum fratribus integri juris constitutis vocat quidem ad legitimam fratris hereditatem sive sororis, non æquis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione, quam facile est ex ipsius constitutionis verbis colligere, aliis vero adgnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen eos anteponit, et procul dubio cognatis.

que le préteur et les constitutions appellent au même rang, et aussi après les héritiers légitimes, au nombre desquels figurent les agnats et les personnes élevées au rang d'agnats tant par les sénatus-consultes précités que par notre propre constitution, le préteur appelle les cognats les plus proches.

Ici on ne considère que la parenté naturelle. En effet, d'après la loi des Douze Tables, ni les agnats qui ont subi une *capitis deminutio* ni leurs descendants ne comptent parmi les héritiers légitimes; mais le préteur les appelle au troisième rang. Cependant il faut mettre à part le frère et la sœur émancipés, eux seuls, et non leurs descendants; car la loi d'Anastase les appelle, en concours avec les frères qui ont conservé leur état, à la succession légitime de leur frère ou de leur sœur, non toutefois sur un pied d'égalité, mais en leur faisant subir une diminution que les termes mêmes de la constitution feront saisir. Au surplus, elle les préfère aux agnats subséquents, même à ceux qui n'ont pas subi de *capitis deminutio*, et plus évidemment encore aux cognats.

(1) Il ne faut pas être dupe de l'ordre suivi par les Institutes, qui enclavent le titre *De successione cognatorum* au milieu de l'explication des hérédités légitimes. A première vue, et pour qui ne lirait pas attentivement les textes, cela donnerait à croire que les cognats forment une troisième classe d'héritiers civils venant après les *sui* et les agnats. Or il n'en est rien : les cognats, comme tels, n'ont de droit qu'en vertu de l'édit et ne sont jamais que des *bonorum possessores*. La marche adoptée par Justinien exprime assez fidèlement le droit pratique de son époque, mais elle altère la vérité historique.

(2) Justinien veut dire que les personnes appelées en vertu des sénatus-consultes Tertullien et Orphitien eurent désormais droit à la *bonorum possessio unde legitimi*. Mais elles ne firent pas pour cela partie de l'ordre des agnats.

(3) Allusion à la loi 14 § 1, C., *De leg. hered.* (nº 423 *in fine*).

(4) Sur cette constitution voir nº 423.

§ 2. — Hos etiam qui per feminini sexus personas ex transverso cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine prætor ad successionem vocat.

Pareillement, dans ce troisième ordre le préteur appelle à la succession les cognats collatéraux à raison de leur proximité.

§ 3. — Liberi quoque qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur.

De même les enfants qui sont dans une famille adoptive sont appelés au même rang à l'hérédité de leurs ascendants.

§ 4. — Vulgo quæsitos nullum habere adgnatum manifestum est, quum adgnatio a patre, cognatio a matre sit : hi autem nullum patrem habere intelliguntur. Eadem ratione nec inter se quidem possunt videri consanguinei esse, quia consanguinitatis jus species est adgnationis : tantum igitur cognati sunt sibi, sicut et matris cognatis. Itaque omnibus istis ea parte competit bonorum possessio, qua proximitatis nomine cognati vocantur.

Quant aux enfants *vulgo quæsiti*, bien évidemment ils n'ont pas d'agnats, puisque l'agnation vient du père, la cognation de la mère, et qu'ils sont réputés n'avoir pas de père. Par la même raison on ne saurait, même entre eux, les regarder comme consanguins, puisque le droit de consanguinité est une espèce d'agnation : ils sont donc seulement cognats entre eux, comme ils le sont des cognats de leur mère. Aussi la *bonorum possessio* compète-t-elle à toutes ces personnes en vertu de la disposition qui appelle les cognats à raison de leur proximité.

§ 5. — Hoc loco et illud necessario admonendi sumus adgnationis jure admitti aliquem ad hereditatem, etsi decimo gradu sit, sive de lege duodecim tabularum quæramus, sive de edicto quo prætor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis vero nomine iis solis prætor promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, et ex septimo a sobrino sobrinaque nato natæve.

Ici nous devons nécessairement avertir que les agnats, fussent-ils au dixième degré, sont admis à l'hérédité, soit qu'on s'attache à la loi des Douze Tables ou à l'édit du préteur qui promet la *bonorum possessio* aux héritiers légitimes. Mais le préteur ne promet la *bonorum possessio*, à raison de la proximité, qu'aux parents qui ne dépassent pas le sixième degré, et, parmi ceux du septième, au fils et à la fille du cousin et de la cousine issus de germains.

Lib. III, tit. VI, *De gradibus cognationis*, § 10. — Illud certum est ad serviles cognationes illam partem

Il est certain que la portion de l'édit qui promet la *bonorum possessio* à raison de la proximité ne

edicti, qua proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere; nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. Sed nostra constitutione quam pro jure patronatus fecimus, quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum atque nube plenum et undique confusum fuerat, et hoc humanitate suggerente concessimus, ut, si quis in servili consortio constitutus liberum (1) vel liberos habuerit, sive ex libera, sive ex servilis conditionis muliere, vel contra serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos cujuscumque sexus, et ad libertatem his pervenientibus, et hi qui ex servili ventre nati sunt libertatem meruerunt, vel, dum mulieres liberæ erant, ipsi in servitute eos habuerunt, et postea ad libertatem pervenerunt, ut hi omnes ad successionem patris vel matris veniant, patronatus jure in hac parte sopito. Hos enim liberos, non solum in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius mutuam successionem vocavimus, ex illa lege specialiter eos vocantes, sive soli inveniantur qui in servitute nati et postea manumissi sunt, sive una cum aliis qui post libertatem parentum concepti sunt, sive ex eodem patre vel ex eadem matre, sive ex aliis, ad *similitudinem eorum qui ex justis* nuptiis procreati sunt.

§ 11. — Repetitis itaque omnibus quæ jam tradidimus, apparet non semper eos qui parem gradum cognationis

s'applique pas à la parenté servile : car les anciennes lois tenaient cette parenté pour non avenue. Mais dans notre constitution sur le droit de patronage, droit jusqu'à nos jours obscur, enveloppé de nuages et de tous points confus, l'humanité nous a suggéré la décision suivante : quand un homme esclave aura eu un ou plusieurs enfants d'une union avec une femme libre ou esclave, et de même lorsqu'une femme esclave aura eu d'un homme libre ou esclave des enfants de l'un ou de l'autre sexe, si plus tard le père et la mère deviennent libres, tous ces enfants, tant ceux qui nés d'une mère esclave ont depuis acquis la liberté que ceux dont le père seul était esclave, mais est ensuite devenu libre, seront appelés à la succession de leurs auteurs, le droit de patronage disparaissant ici. Et ce n'est pas seulement à leurs père et mère que nous les avons appelés à succéder, c'est aussi entre eux, leur donnant expressément cette vocation sans distinguer s'il n'y a que des enfants nés en servitude et ensuite affranchis, ou s'il y a en même temps des enfants conçus depuis l'affranchissement de leurs parents, et cela soit qu'ils aient à la fois même père et même mère ou seulement même père ou même *mère, exactement comme pour les* enfants conçus en mariage légitime.

Reprenant donc toutes les notions déjà exposées, nous voyons clairement que les parents du même degré

(1) Cet emploi du mot *liber* au singulier dans le sens d'enfant est expressément condamné par Gaius (L. 148, *De verb. sign.*, L, 16), ce qui n'empêche pas Justinien de nous en donner au moins deux autres exemples (L. 33 pr., C., *De inoff. test.*, III, 28. — L. 8 § 5, C., *De sec. nupt.*, V, 9.).

obtinent, pariter vocari; eoque amplius, nec eum quidem, qui proximior sit cognatus, semper potiorem esse. Quum enim prima causa sit suorum heredum et eorum quos inter suos heredes jam enumeravimus, apparet pronepotem vel abnepotem defuncti potiorem esse quam fratrem aut patrem matremque defuncti; quum alioquin pater quidem et mater, ut supra quoque tradidimus, primum gradum cognationis obtineant, frater vero secundum, pronepos autem tertio gradu sit cognatus, et abnepos quarto. Nec interest in potestate morientis fuerit, an non, quod vel emancipatus, vel ex emancipato, aut ex feminino sexu propagatus est.

ne sont pas toujours appelés ensemble, et même que la préférence n'appartient pas toujours au plus proche. En effet, puisque en première ligne viennent les héritiers siens et ceux que précédemment nous avons comptés comme tels, il est évident qu'un arrière-petit-fils et son fils priment le frère, le père et la mère du défunt; et pourtant le père ou la mère, comme nous l'avons précédemment exposé, sont au premier degré de parenté et le frère au second, tandis que l'arrière-petit-fils n'est qu'au troisième et son fils au quatrième. Et peu importe, quant à ceux-ci, qu'ils fussent sous la puissance du défunt, ou qu'ils n'y fussent pas, et en ce second cas qu'ils soient émancipés, fils d'émancipés ou descendants par les femmes.

§ 12. — Amotis quoque suis heredibus, et quos inter suos heredes vocari diximus, adgnatus qui integrum jus adgnationis habet, etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur quam proximior cognatus; nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel materteræ præfertur. Totiens igitur dicimus, aut potiorem haberi eum qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos qui cognati sunt, quotiens neque suorum heredum jure, quique inter suos heredes sunt, neque adgnationis jure, aliquis præferri debeat, secundum ea quæ tradidimus, exceptis patre et sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur; qui, et si capite deminuti sunt, tamen præferuntur ceteris ulterioris gradus adgnatis.

Pareillement, si l'on met à part les héritiers siens et les personnes appelées, comme nous l'avons dit, au même rang, l'agnat qui a conservé intact son droit d'agnation, fût-il même à un degré très-éloigné, l'emporte presque toujours sur le plus proche cognat; en effet, le petit-fils ou l'arrière-petit-fils d'un oncle paternel est préféré à l'oncle et à la tante maternels. Si donc nous disons que le plus proche cognat vient en première ligne ou que les cognats d'un même degré sont appelés ensemble, c'est en supposant que nul ne leur est préférable ni comme héritier sien ou assimilé aux héritiers siens, ni comme agnat. Mais, ainsi que nous l'avons exposé, il faut excepter le frère et la sœur émancipés, qui, quoique ayant subi une *capitis deminutio*, sont appelés à la succes-

sion de leurs frères ou sœurs par préférence à tous les agnats d'un degré ultérieur.

456. La *bonorum possessio unde cognati*, comme je l'ai déjà fait remarquer (n°s 440 et 443), ne confirme ni ne contredit le droit civil : Elle ne le confirme pas, puisque nulle vocation légitime n'appartient au cognat qui n'est pas en même temps *suus* ou agnat (L. 1 pr., *Unde cogn.*, XXXVIII, 8) ; elle ne le contredit pas non plus, puisque les simples cognats ne sont jamais appelés qu'à défaut de *sui* et d'agnats (pr. *sup.*). Donc, consacrer le lien naturel du sang (1), toutes les fois que cela est possible sans écarter ni réduire aucune vocation fondée sur la loi, tel est ici l'unique but du préteur.

La *bonorum possessio unde cognati* est accordée sur le triple fondement de la parenté *ex justis nuptiis*, de la parenté naturelle en dehors des *justæ nuptiæ*, de la parenté fictive résultant de l'adoption. Envisageons successivement les trois cas.

1° *De la parenté ex justis nuptiis.* — Lorsqu'il s'agit de parents que le droit civil appelle soit comme *sui*, soit comme agnats, ou de descendants que le préteur assimile au *sui*, la *bonorum possessio unde cognati* ne leur est utile qu'autant qu'ils ont répudié ou négligé d'exercer en temps utile le droit plus fort dont ils étaient investis. Aussi n'est-ce pas pour eux qu'elle fut créée, bien qu'ils puissent en profiter accidentellement. Les seules personnes de cette classe auxquelles le préteur ait songé sont les suivantes : 1° tous les parents par les femmes (Gaius, III, § 30) (2) ; 2° les collatéraux *per masculos*, lorsqu'une *minima capitis deminutio* a brisé le lien civil qui les rattachait au défunt (Gaius, III, § 27) (3) ; 3° les ascendants

(1) *Ratio sanguinis*, dit Gaius (L. 2, *Unde cogn.*) ; *naturalis cognatio*, dit Justinien (§ 1 *sup.*).

(2) Je rappelle que de bonne heure, par l'effet des sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, cette *bonorum possessio* perdit presque toute utilité entre la mère et ses enfants, et que plus tard, grâce à des constitutions impériales, elle cessa aussi d'être nécessaire aux petits-enfants et aux autres descendants par les filles pour succéder à leurs ascendants ou ascendantes (n° 421, 433 à 436). Est-ce à dire que Justinien soit dans l'exacte vérité en ne mentionnant plus que les collatéraux par les femmes (§ 2 *sup.*)? Non, puisque de son temps encore les ascendants maternels autres que la mère ne succèdent à leurs descendants qu'à titre de cognats (n° 435). Au surplus, il y a des collatéraux par les femmes qui dans le droit de Justinien n'ont plus besoin de la *bonorum possessio unde cognati* : ce sont les frères et sœurs utérins et leurs enfants (n° 423).

(3) Dans le droit de Justinien, les frères et sœurs émancipés et leurs enfants sont

ou descendants *per masculos* qui se trouvent *in adoptiva familia* au jour de la mort de leur descendant ou ascendant naturel (Gaius, III, § 31) (1); 4° les agnates non consanguines, qu'une jurisprudence postérieure aux Douze Tables excluait de la succession légitime des agnats (Gaius, III, § 29) (2).

2° *De la parenté naturelle en dehors des justæ nuptiæ.* — S'agit-il d'enfants *vulgo quæsiti* : les textes les plus formels (§ 4 *sup.* — L. 2, *Unde cogn.*) consacrent une vocation réciproque entre eux et les cognats de leur mère, d'où il suit que plusieurs *vulgo concepti* issus d'une même mère sont aussi appelés à se succéder les uns aux autres. S'agit-il d'enfants issus *ex concubinatu* : les textes sont muets; mais sans nul doute, dans leurs rapports avec leur mère et les cognats de leur mère il est impossible de les traiter autrement que les *vulgo quæsiti;* et très-volontiers croirais-je, nonobstant l'opinion contraire de beaucoup d'interprètes (3), que le droit classique admettait également une vocation réciproque entre eux et leur père ou les cognats de leur père. Si en effet une pareille vocation ne se conçoit pas quand il s'agit d'un *vulgo conceptus*, cela tient à ce que cet enfant n'a pas de père légalement certain (§ 4 *sup.*), motif inapplicable aux enfants issus *ex concubinatu*. Vais-je conclure de là que toute parenté réelle qui ne résulte pas des *justæ nuptiæ* fonde une vocation à la *bonorum possessio unde cognati?* Non. Si par exemple une femme devenue mère en esclavage est affranchie avec son enfant, et que plus tard elle donne le jour à deux autres enfants, il y aura bien vocation réciproque entre ces deux derniers comme aussi entre eux et leur mère ; mais jamais ils ne succéderont à leur frère né en esclavage, comme aussi ne leur succédera-t-il pas. Et plus généralement, toutes les fois que le lien de parenté s'est formé entre deux personnes dont l'une était actuellement esclave, ce lien

admis au rang des agnats et peuvent se passer de la *bonorum possessio unde cognati*. Cela résulte d'une constitution de l'empereur Anastase (§ 1 *sup.*) et d'une autre constitution de Justinien lui-même (n° 423).

(1) Sous Justinien, l'enfant donné en adoption à un *extraneus* succède à son père naturel comme *suus*, bien que l'adoption subsiste encore au décès de ce dernier. Justinien (§ 3 *sup.*) a donc tort de reproduire exactement le texte de Gaius.

(2) On a vu (n° 423) que Justinien rendit à ces agnates le droit que leur avaient reconnu les Douze Tables.

(3) Cette opinion s'appuie surtout sur une novelle de l'année 539 qui constate très-clairement qu'avant cette époque les enfants nés *ex concubinatu* n'avaient rien dans la succession de leur père (nov. 89, cap. 12). Mais n'est-ce pas là un droit dû à l'influence chrétienne (n° 471)?

reste impuissant à engendrer jamais aucun droit, nonobstant la cessation ultérieure de l'esclavage. C'est ce que les Romains expriment par cette règle : *servilis cognatio nulla est* (L. 1 § 1, *Unde cogn.*). Que ma conclusion soit donc celle-ci : toute parenté naturelle légalement certaine qui s'est formée entre deux personnes libres entraîne vocation réciproque à la *bonorum possessio unde cognati* (1). Telle est la doctrine classique; mais dans le dernier état de la législation elle nous apparaît modifiée sur deux points : 1° il résulte de dispositions que j'expliquerai bientôt (n° 471) que sous les empereurs chrétiens l'enfant issu *ex concubinatu* ne fut plus admis à recueillir les biens de son père par la *bonorum possessio unde cognati*. Ce fut là sans doute une conséquence de l'admission de la légitimation : on ne voulut pas que l'enfant naturel non légitimé pût avoir en aucun cas les mêmes avantages que le légitimé; 2° Justinien fit disparaître la règle *servilis cognatio nulla est* (§ 10 *sup.*), de sorte que désormais l'enfant né d'un *contubernium* fut mieux traité que l'enfant né *ex concubinatu*, et en cela rien d'illogique : car, tandis que le christianisme réprouvait le concubinat qui n'avait plus aucune raison d'être à côté du mariage, le *contubernium*, seule union possible pour les esclaves, n'était à ses yeux qu'une nécessité, non une faute.

3° *De la parenté fictive résultant de l'adoption.* — C'est une règle du droit civil, que l'agnation, quand elle ne marche pas de pair avec la cognation naturelle, en produit néanmoins tous les effets. Ainsi un enfant adoptif est considéré, tant qu'il reste *in adoptiva familia*, comme le cognat de tous ceux dont il est devenu l'agnat par l'artifice de l'adoption (L. 1 § 4, *Und. cogn.*). Entre eux et lui la *bonorum possessio unde cognati* est donc nécessairement admise, et voici un cas où elle sera d'une utilité incontestable : si le défunt est mort sans enfants, ne laissant qu'une tante ou une cousine par adoption, cette femme qui, faute d'être consanguine, ne lui succède pas dans l'ordre des agnats, lui succédera comme cognate en l'absence de tous les autres agnats. Ce cas excepté, celui qui n'est cognat que par l'effet de l'adoption ne fera valoir cette qualité qu'autant qu'il aura répudié soit la *bonorum possessio unde liberi*, soit la *bonorum possessio unde legitimi*.

(1) De cette formule il ressort avec évidence que jamais un affranchi ne succède comme cognat à un autre affranchi.

457. Reste à poser trois règles fort simples :

1° Le préteur appelle tous les cognats jusqu'au sixième degré inclusivement, et, parmi ceux du septième, les enfants de cousins et cousines issus de germains (*sobrino sobrinave nati*) (1) : tous les autres sont exclus (§ 5 *sup.*). Cette limitation, inconnue dans l'ordre des agnats qui n'est pas fondé sur la nature, cadre très-bien avec l'idée générale dont le préteur s'inspire. Il se propose de régler l'ordre des successions sur l'ordre des affections naturelles, il doit donc s'arrêter au degré où d'ordinaire apparaît l'indifférence.

2° Parmi les cognats vivants ou au moins conçus au jour du décès, le plus proche au moment de la délation de la *bonorum possessio* exclut tous les autres, et, s'il y en a plusieurs au degré le plus proche, ils concourent entre eux (pr. *sup.* — L. 1 §§ 5 à 8, *Unde cogn.*) (2).

3° Par une conséquence de la précédente règle, quand il y a concours entre plusieurs cognats du même degré, ils partagent par têtes (L. 3, C., *Unde leg. et unde cogn.*, VI, 15).

Ces deux dernières règles, empruntées à la législation civile relative aux agnats, aboutissent ici à certaines applications peu satisfaisantes, et cela tient à ce que l'ordre des cognats ne comprend pas seulement des collatéraux, mais aussi des parents en ligne directe. Ainsi un frère utérin du défunt concourt avec un petit-fils *ex filia* et exclut un arrière-petit-fils *ex nepte*, résultats certainement contraires à la nature qui nous fait préférer absolument nos descendants à nos collatéraux. Ainsi encore, lorsqu'une succession est dévolue à deux souches de descendants par les filles, l'une de ces souches comprenant par exemple trois petits-enfants et l'autre deux, chacun vient pour un cinquième, de sorte que les uns gagnent matériellement au prédécès de leur mère et les autres y perdent. Ces iniquités disparurent par l'effet des constitutions impériales qui, séparant les descendants par les filles de tous les autres cognats, or-

(1) Ce sont donc précisément ceux auxquels on refuse le *jus nominandi potioris*, et auxquels la loi Furia laissait le droit de recueillir un legs supérieur à mille as, et les lois caducaires la *solidi capacitas* (nos 148, 373 et 400. — Voir aussi t. II, p. 81, note 1).

(2) Justinien (§§ 11 et 12 *sup.*) ne contredit pas cette règle en nous faisant observer qu'un parent plus éloigné peut être préféré à un plus proche. Cela arrive lorsque le plus éloigné est un *suus* et le plus proche un agnat, ou lorsque le plus éloigné est un agnat et le plus proche un simple cognat. L'exclusion absolue des moins proche ne s'applique donc qu'entre personnes n'ayant toutes aucun autre titre que leur cognation.

ganisèrent leurs droits à l'image des droits des *sui* (n°s 421 et 436).

Après avoir sommairement exposé les règles de la *bonorum possessio unde cognati*, les Institutes nous donnent les noms de tous les cognats appelés par l'édit; et Justinien (Inst., § 9, *De grad. cogn.*) nous apprend que, pour parler à l'esprit par les yeux en même temps que par les oreilles, il avait fait dresser un tableau représentant les divers degrés de cognation. Ces textes n'ayant besoin d'aucun commentaire, je me contente de les transcrire.

Lib. III, tit. VI, *De gradibus cognationis*, pr. — Hoc loco necessarium est exponere quemadmodun gradus cognationis numerentur. Qua in re in primis admonendi sumus cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quæ etiam a latere dicitur. Superior cognatio est parentum; inferior, liberorum; ex transverso, fratrum sororumve, eorumque qui quæve ex his progenerantur, et convenienter patrui, amitæ, avunculi, materteræ. Et superior quidem et inferior cognatio a primo gradu incipit; at ea quæ ex transverso numeratur, a secundo.

Ici il est nécessaire d'exposer comment se comptent les degrés de parenté. Et d'abord nous devons avertir qu'on distingue la parenté ascendante, la parenté descendante, et la parenté *ex transverso*, qu'on appelle aussi collatérale. La parenté ascendante est celle des ascendants; la parenté descendante, celle des descendants; la parenté collatérale, celle des frères ou sœurs et de leurs descendants, et pareillement celle de l'oncle et de la tante paternels, de l'oncle et de la tante maternels. Les parentés ascendante et descendante commencent par le premier degré, mais la parenté collatérale ne se compte qu'à partir du second.

§ 1. — Primo gradu est supra pater, mater; infra, filius, filia.

Sont au premier degré : en ligne ascendante, le père et la mère; en ligne descendante, le fils et la fille.

§ 2. — Secundo, supra, avus, avia; infra, nepos, neptis; ex transverso, frater, soror.

Sont au second degré : en ligne ascendante, l'aïeul et l'aïeule; en ligne descendante, le petit-fils et la petite-fille; en ligne collatérale, le frère et la sœur.

§ 3. — Tertio, supra, proavus, proavia; infra, pronepos, proneptis; ex transverso, fratris sororisque filius, filia, et convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est patris frater, qui græce πατρῶος, vocatur; avunculus est matris fra-

Sont au troisième degré : en ligne ascendante, le bisaïeul et la bisaïeule; en ligne descendante, l'arrière-petit-fils et l'arrière-petite-fille; en ligne collatérale, le fils et la fille du frère ou de la sœur, et pareillement les *patruus* (oncle pa-

ter, qui apud Græcos proprie μητρῶος, appellatur, et promiscue θεῖος dicitur. Amita est patris soror : utraque θεῖα, vel apud quosdem τιτθίς appellatur.

ternel), *amita* (tante maternelle), *avunculus* (oncle maternel) et *matertera* (tante maternelle). Nous appelons *patruus* le frère du père et *avunculus* le frère de la mère. En grec, le premier s'appelle πατρῶος, le second μητρῶος, tous les deux θεῖος. L'*amita* est la sœur du père ; la *matertera*, la sœur de la mère. Toutes les deux s'appellent θεῖα, et quelques-uns les appellent τιτθίς.

§ 4. — Quarto gradu, supra, abavus, abavia ; infra, abnepos, abneptis ; ex transverso, fratris sororisque nepos, neptis, et convenienter patruus magnus, amita magna, id est, avi frater et soror ; item avunculus magnus, matertera magna, id est, aviæ frater, et soror ; consobrinus, consobrina, id est, qui quæve ex fratribus aut sororibus progenerantur. Sed quidam recte consobrinos eos proprie dici putant, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos ; eos vero qui ex duobus fratribus progenerantur, proprie fratres patrueles vocari : si autem ex duabus fratribus filiæ nascuntur, sorores patrueles appellari ; at eos qui ex fratre et sorore propagantur, amitinos proprie dici : amitæ tuæ filii consobrinum te appellant, tu illos amitinos.

Sont au quatrième degré : en ligne ascendante, le trisaïeul et la trisaïeule ; en ligne descendante, le fils et la fille de l'arrière-petit-enfant ; en ligne collatérale, le petit-fils et la petite-fille du frère et de la sœur, et pareillement le grand oncle et la grand'tante paternels, c'est-à-dire le frère et la sœur de l'aïeul ; de même le grand-oncle et la grand'tante maternels, c'est-à-dire le frère et la sœur de l'aïeule ; le *consobrinus* (cousin) et la *consobrina* (cousine), c'est-à-dire les enfants de frères ou de sœurs. Mais quelques-uns estiment que les *consobrini* sont proprement les enfants de deux sœurs, comme si l'on disait *consororini*, tandis qu'on appelle *fratres patrueles* les fils de deux frères, *sorores patrueles* les filles de deux frères, et *amitini* les enfants d'un frère et d'une sœur : les enfants de votre tante paternelle vous appellent *consobrinus*, et vous les appelez *amitini*.

§ 5. — Quinto, supra, atavus, atavia ; infra, adnepos, adneptis ; ex transverso, fratris sororisque pronepos, proneptis ; et convenienter propatruus, proamita, id est proavi frater et soror ; proavunculus, promater-

Sont au cinquième degré : en ligne ascendante, les père et mère des trisaïeul et trisaïeule ; en ligne descendante, les petit-fils et petite-fille des arrière-petits-enfants ; en ligne collatérale, l'arrière-petit-fils

tera, id est, proaviæ frater et soror (1); item fratris patruelis, sororis patruelis, consobrini, consobrinæ, amitini, amitinæ filius, filia, propior sobrino, sobrinæ : hi sunt patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ filius, filia.

et l'arrière-petite-fille du frère et de la sœur; pareillement, l'arrière-grand-oncle paternel et l'arrière-grand'tante paternels, c'est-à-dire le frère et la sœur du bisaïeul; l'arrière-grand-oncle et l'arrière-grand'-tante maternels, c'est-à-dire le frère et la sœur de la bisaïeule; de même, le fils et la fille du *frater patruelis*, de la *soror patruelis*, du *consobrinus*, de la *consobrina*, de l'*amitinus* et de l'*amitina*; enfin, ceux qui précèdent immédiatement le *sobrinus* et la *sobrina*, c'est-à-dire le fils et la fille des grands-oncles et grand'tantes paternels ou maternels.

§ 6. — Sexto gradu, supra tritavus, tritavia; infra, trinepos, trineptis; ex transverso, fratris sororisque abnepos, abneptis, et convenienter abpatruus, abamita, id est, abavi frater et soror; abavunculus, abmatertera, id est abaviæ frater et soror (2); item sobrini sobrinæque, id est, qui quæve ex fratribus vel sororibus patruelibus, vel consobrinis, vel amitinis progenerantur.

Sont au sixième degré : en ligne ascendante, les aïeul et aïeule du trisaïeul et de la trisaïeule; en ligne descendante, les arrière-petits-fils et arrière-petite-fille des arrière-petits-enfants; en ligne collatérale, les fils et fille des arrière-petits-enfants du frère ou de la sœur, et pareillement l'*abpatruus* et l'*abamita*, c'est-à-dire le frère et la sœur du trisaïeul, l'*abavunculus* et l'*abmatertera*, c'est-à-dire le frère et la sœur de la trisaïeule; de même aussi le *sobrinus* et la *sobrina*, c'est-à-dire les enfants de *fratres* ou *sorores patrueles*, de *consobrini* ou d'*amitini*.

§ 7. — Hactenus ostendisse sufficiet, quemadmodum gradus cognationis numerentur; namque ex his

En voilà assez sur la manière de compter les degrés de parenté; et il est facile, par ce qui vient d'être dit,

(1) Au lieu des mots *propatruus*, *proamita*, *proavunculus*, *promatertera*, Modestin emploie les expressions *patruus major*, *amita major*, *avunculus major*, *matertera major*, qui marquent très-bien une parenté d'un degré plus reculé que celle du *patruus magnus*, de l'*amita magna*, etc. (L. 10 § 16, *De grad.*, XXXVIII, 10).

(2) Ici encore Modestin parle un langage qui n'est pas celui des Institutes. Il dit : *patruus maximus, amita maxima, avunculus maximus, matertera maxima* (L. 10 § 17, *De grad.*).

palam est intelligere quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus : quippe semper generata quæque persona gradum adjiciat, ut longe facilius sit respondere quoto quisque gradu sit, quam propria cognationis appellatione quemquam denotare.

§ 8. — Adgnationis quoque gradus eodem modo numerantur.

§ 9. — Sed quum magis veritas oculata fide quam per aures animis hominum infigitur, ideo necessarium duximus, post narrationem graduum, etiam eos præsenti libro inscribi, quatenus possint et auribus et oculorum inspectione adolescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci.

de comprendre comment nous devons compter les degrés plus éloignés; en effet, chaque génération ajoute toujours un degré, de sorte qu'il est plus aisé de répondre à quel degré de parenté une personne se trouve que de désigner chaque degré par une appellation spéciale

Les degrés de l'agnation se comptent aussi de la même manière.

Mais comme la vérité entre mieux dans l'esprit des hommes par le témoignage des yeux que par les oreilles, nous avons cru nécessaire, après avoir donné l'indication des degrés, d'en faire faire un tableau dans le présent livre, afin que, les oreilles et les yeux se prêtant une aide mutuelle, les jeunes gens saisissent parfaitement cette théorie.

VII. — DANS QUELLE FORME ET DANS QUELS DÉLAIS LA *bonorum possessio* DOIT ÊTRE DEMANDÉE.

Lib. III, tit. IX, *De bonorum possessionibus*, § 8. — Quum igitur plures species successionum prætor introduxisset, easque per ordinem disposuisset, et in unaquaque specie successionis sæpe plures exstent dispari gradu personæ, ne actiones creditorum differrentur, sed haberent quos convenirent, et ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, et eo modo sibi consulerent, ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque et parentibus, tam naturalibus quam adoptivis, in petenda bonorum possessione anni spatium, ceteris centum dierum dedit.

C'est ainsi que le préteur a introduit plusieurs espèces de successions, et les a rangées dans un certain ordre. Mais le même ordre de successibles pouvant comprendre des personnes placées à des degrés différents, afin que les actions des créanciers ne fussent pas retardées, mais qu'ils sussent qui poursuivre, et aussi pour qu'ils ne fussent pas facilement envoyés en possession des biens du défunt et que ce ne fût pas là leur ressource nécessaire, il a déterminé un délai dans lequel la *bonorum possessio* doit être demandée. Aux descendants et ascendants, tant naturels qu'adoptifs, il accorde une année; aux autres personnes, cent jours-

§ 9. — Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis adcrescit, vel, si nemo sit deinceps, ceteris perinde bonorum possessionem ex successorio edicto pollicetur, ac si is qui præcedebat ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit, exspectatur, sed statim ceteri ex eodem edicto admittuntur. In petenda autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur.

Que si dans ce délai quelqu'un néglige de demander la *bonorum possessio*, son droit accroît aux personnes du même degré; et s'il n'y en a pas, l'édit relatif aux successions promet la *bonorum possessio* aux autres, de même que si la personne qui les précédait n'eût jamais compté. Si donc quelqu'un répudie la *bonorum possessio* qui lui est déférée, on n'attend pas l'expiration du temps qui lui était donné, mais le même édit admet immédiatement les personnes placées en ordre subséquent. Au surplus, dans le calcul du délai pour demander la *bonorum possessio*, on ne considère que les jours utiles.

458. Jusqu'à Justinien, la *bonorum possessio* ne put être acquise qu'en vertu d'une demande expresse (Théoph., sur le § 9, *De bon. poss.*), demande qui, à l'exemple de l'adition d'hérédité, suppose non-seulement le droit déjà déféré, mais l'intéressé instruit, d'une manière certaine, tant de sa vocation que du titre précis sur lequel elle se fonde (L. 1 § 4, *De bon. poss. sec. tab.*, XXXVII, 11. — L. 2 § 3, *Unde legit.*, XXXVIII, 7). Pendant toute la durée de l'époque classique, cette demande dut être conçue en termes solennels (LL. 1 et 3, C., *Comm. de succ.*, VI, 59) et portée devant le magistrat supérieur (Théoph., sur le § 9, *De bon. poss.*) (1). Mais aux termes d'une constitution, qui appartient probablement à l'empereur Constance (2), et qui exprime le dernier état du droit avant Justinien, elle put être rédigée en termes quelconques et adressée même aux magistrats municipaux, tels que les duumvirs (L. 9, C., *Qui admitt. ad bon. poss.*, VI, 9) (3). Quant au rôle du magistrat, il consiste non pas à vérifier

(1) *Petere, admittere, agnoscere bonorum possessionem*, telles sont les expressions les plus ordinaires pour désigner le fait de celui qui demande la *bonorum possessio*.

(2) D'après un certain nombre de manuscrits, elle appartiendrait à Constantin; mais cela est peu vraisemblable, si l'on remarque, d'une part, que la constitution précédente porte le nom de Constance, et, d'autre part, que dans chaque titre du Code les textes sont classés par ordre chronologique.

(3) Les Institutes (§ 10, *De bon. poss.*), faisant sans doute allusion à cette loi ou à la

les faits que le réclamant allègue et la qualité qu'il s'attribue, mais seulement à voir si, ces faits étant supposés vrais et cette qualité réelle, la demande paraît conforme à l'édit. Que si plus tard le droit à la *bonorum possessio* est contesté, la question sera tranchée par le juge de l'interdit *quorum bonorum* ou de la pétition d'hérédité (L. 1, C., *Quor. bon.*, VIII, 2). Il n'y a donc ici ni litige ni *causæ cognitio ;* en d'autres termes, le magistrat fait acte de juridiction gracieuse, d'où je conclus qu'il a compétence non-seulement quand il siége à son tribunal, mais en tous lieux et à tous moments, et que le réclamant peut, au lieu de se présenter en personne, procéder par voie de demande écrite (*libellus*) (L. 3 § 8, *De bon. poss.*, XXXVII, 1. — L. 71, *De reg. jur.*, L, 17).

459. Les mêmes motifs qui, comme on l'a vu (nº 350), déterminèrent le préteur à limiter le droit de délibération des héritiers externes, le poussèrent aussi à inclure dans un certain délai la faculté de demander la *bonorum possessio*. Si, en effet, l'équité répugne à ce que l'ayant droit soit obligé de prendre parti précipitamment et sans connaissance de cause, il ne faut pas non plus que par des lenteurs indéfinies il tienne longtemps indécise la situation des tiers et principalement des créanciers (§ 8 *sup.* — L. 1 pr., *De success. edict.*, XXXVIII, 7 (1). Ce délai qui, à la différence du *tempus deliberandi*,

loi 8 du même titre, prétendent que la nécessité d'une demande expresse avait été antérieurement supprimée ; et ailleurs (L. 7, § 3, C., *De cur. fur.*, V, 70). Justinien plus précis attribue cette suppression à Constantin. Mais de telles affirmations, quoique acceptées par plusieurs interprètes, ne peuvent se justifier ni par notre loi 9 qui se borne à modifier les conditions de la demande, ni par la loi 8 où Constance déclare que celui qu'un excès de simplicité, l'ignorance, l'absence, ou tout autre motif, auront conduit à laisser passer le délai légal sans demander la *bonorum possessio* n'encourra pas déchéance. La pensée de cet empereur est que désormais on ne s'attachera plus aussi rigoureusement qu'autrefois au délai dont il va être bientôt parlé, et que celui qui pourra expliquer son silence autrement que par l'intention de répudier sera admis, nonobstant l'expiration de ce délai, à demander la *bonorum possessio*. Pour que cette loi 8 comportât le sens qu'on veut lui donner, il faudrait d'abord établir ou que la loi 9 appartient à Constantin, ou, si elle est de son fils Constance, qu'elle fut rendue antérieurement à la loi 8, deux hypothèses que la place respective de ces textes rend inacceptables. Du texte des Institutes je tire donc cette simple conclusion que peut-être la pratique, s'autorisant de l'esprit des deux constitutions précitées, mais allant bien au delà de leurs décisions, avait fini par attacher l'acquisition de la *bonorum possessio* à une manifestation de volonté quelconque ; mais cette pratique, tout à fait irrégulière, ne put devenir légale que par la promulgation des Institutes (nº 468).

(1) Justinien (§ 8 *sup.*) paraît dire que, si le préteur n'eût pas fixé de délai, les créanciers auraient pu, avant que le *bonorum possessor* se fût prononcé, se faire envoyer en possession des biens et les vendre. Ceci est évidemment inexact,

court de plein droit en vertu d'une disposition de l'édit et sans décret spécial du magistrat, est de cent jours en principe; exceptionnellement, il est d'un an pour les ascendants ou descendants du défunt (§ 8 *sup.*), faveur dont on donne pour motif que de telles personnes arrivent à des biens qui pour ainsi dire leur appartenaient déjà, *pæne ad propria bona veniunt* (L. 1 § 12, *De success. edict.*) (1).

Ce délai n'est pas continu, mais utile (§ 9 *sup.*); je veux dire qu'au lieu de consister nécessairement en une durée fixe de 365 ou de 100 jours consécutifs, il ne comprend que les jours pendant lesquels, en fait et en droit, il a été possible au véritable intéressé de former sa demande. Donc celui-ci devient-il fou, le bruit se répand-il que le défunt, qu'on croyait intestat et qui est effectivement tel, a laissé un testament : voilà, dans la première hypothèse, un obstacle de fait, dans la seconde un obstacle de droit, qui l'un et l'autre ont pour effet de suspendre le cours du délai (L. 2 pr., *Quis ordo in poss.*, XXXVIII, 15). Par une conséquence évidente de cette règle, l'année ou les cent jours ne commencent jamais à courir tant que l'appelé ignore sa vocation ou n'est pas en mesure de la faire valoir (Ulp., XXVIII § 10. — L. 5, C., *Qui admitt. ad bon. poss.*, VI, 9) (2).

puisque les biens d'un mort ne peuvent être possédés et vendus par ses créanciers que lorsqu'on a la certitude qu'il n'aura pas de successeur (Gaius, III, § 78). C'est donc surtout l'intérêt des créanciers qui exigeait la fixation d'un délai.

(1) La même faveur est accordée à ces personnes lorsqu'elles ne sont appelées à la *bonorum possessio* que du chef d'un individu soumis à leur puissance (L. 1, §§ 14 et 15, *Quis ordo in poss.*, XXXVIII, 15).

(2) Rigoureusement appliquée, cette règle conduirait à décider qu'à l'égard des cités, des fous et des *infantes*, le délai ne peut absolument pas courir. Quant aux cités, et sans doute aussi quant aux autres personnes morales, cette conclusion fut rejetée : on les réputa connaître leur vocation dès qu'elle était connue de leurs administrateurs (L. 14, *Ad munic.*, L, 1). Quant aux fous, on resta fidèle aux principes; jusqu'à Justinien, leur curateur ne put pas demander la *bonorum possessio* en leur nom, et par conséquent c'est en vain qu'il avait la connaissance de leur vocation (L. 1, *De bon. poss. fur.*, XXXVII, 3. — L. 7 § 3, C., *De cur. fur.*, V, 70). Enfin, à l'égard des *infantes*, Ulpien, après avoir dit que la *bonorum possessio* peut être demandée en leur nom soit par leur tuteur, s'ils sont *sui juris*, soit par leur père, s'ils sont *in potestate*, ajoute que le délai court (*dies cedunt*) du jour où leur vocation est connue (L. 7 §§ 1 et 2, *De bon. poss.*, XXXVII, 1). Cette décision, en tant qu'elle s'applique à l'*infans sui juris*, n'est formellement contredite par aucun autre texte, mais elle ne s'accorde guère avec la règle qui interdit au tuteur de répudier seul la *bonorum possessio* (t. II. page 75, note 2); au contraire, en tant qu'elle s'applique à l'*infans in potestate*, elle est absolument contredite par Papinien (L. 1, *De bon. poss. fur.*, XXXVII, 2), et ici il y a lieu de s'étonner de la contradiction; car, quand on envisage le résultat final, c'est le père seul qui profite de la *bonorum possessio* déférée à un fils de famille. Cependant Papinien dit très-expressément que, si le

460. Ces délais, à l'exemple du *tempus deliberandi* accordé aux héritiers externes, sont fatals, c'est-à-dire que le dernier jour une fois écoulé, si l'ayant droit n'a pas demandé la *bonorum possessio*, sa vocation, en tant qu'elle était fondée sur le titre qu'il a négligé de faire valoir, s'évanouit absolument (L. 1 §§ 6 et 9, *De succes. edict.*) (1). Il est donc exclu, comme il le serait soit par une répudiation expresse, soit par une incapacité (2) ou par la mort qui viendraient l'atteindre dans le délai, mais avant la formation de sa demande. Que si l'on recherche dans ces diverses hypothèses quels sont à l'égard des tiers les effets de son exclusion, il y a lieu de distinguer trois situations :

1° Dans le même ordre de successibles et au même degré que le défaillant, il y a d'autres appelés. — Ici il faut appliquer les règles déjà connues du droit d'accroissement, ce qui revient à dire que, si ces appelés ont antérieurement demandé la *bonorum possessio*, la part du défaillant, qu'ils le veuillent ou non, leur est de plein droit et immédiatement acquise, et que, s'ils n'ont pas encore fait de demande, leur vocation s'appliquant désormais au tout, ils ne peuvent pas limiter leur accep-

père peut acquérir la *bonorum possessio* au nom de son fils *infans*, la déchéance n'est pas attachée à la prolongation de son silence; et Paul (L. 1, *Quis ordo in poss.*, XXXVIII, 15) exprime d'une manière générale la même idée, quel que soit l'âge du fils de famille. Que décider enfin à l'égard du pupille sorti de l'*infantia* et du mineur en curatelle? Sur le mineur en curatelle, les textes sont muets: d'où l'on est autorisé à conclure que le curateur ne peut pas le rendre *bonorum possessor* sans son agrément et qu'en conséquence le délai ne court que du jour où lui-même connaît sa vocation. Quant au pupille, eût-il dépassé l'*infantia*, le tuteur peut certainement lui faire acquérir la *bonorum possessio*, et Ulpien paraît bien dire que, quel que soit son âge, le délai court du jour où sa vocation est connue du tuteur (L. 7 § 1 ; L. 8, *De bon. poss.*).

(1) Soit une demande faite dans le délai, mais par un tiers sans pouvoir, ou encore par un individu *alieni juris* du chef duquel la *bonorum possessio* est déférée à la personne investie de la puissance; cette demande sera réputée non avenue si la ratification du véritable intéressé n'intervient qu'après l'expiration du délai (L. 5 *Quis ordo in poss.* — L. 24 pr., *Rat. rem hab*,, XLVI, 8). Je rappelle, au surplus, que l'empereur Constance, dans une constitution précédemment analysée (t. II, page 115, note 3), tempéra la rigueur des effets jadis attachés au silence de l'ayant droit pendant toute la durée des 365 ou des 100 jours. Notamment il prit en considération l'erreur de droit dont l'ancienne législation ne tenait ici aucun compte (L. 10, *De bon. poss.*, XXXVII, 1).

(2) L'incapacité résulte toujours de la perte de la liberté ou de la cité. Elle est aussi attachée à la *minima capitis deminutio* dans le cas où le droit à la *bonorum possessio* dérivait d'une qualité que le changement de famille fait disparaître (L. 3 § 6, *De bon. poss. contr. tab.*, XXXVII, 4. — L. 9, *Si tab. test. null.*, XXXVIII, 6).

tation à la part qui paraissait seule comprise dans leur vocation primitive, mais doivent nécessairement demander ou répudier le tout (§ 9 *sup.*).

2° Dans le même ordre que le défaillant, mais à un degré ultérieur, il y a d'autres appelés. — Ici il s'opère une dévolution de degré à degré (*successio graduum*), de telle sorte que le droit répudié ou perdu par le plus proche successible se trouve immédiatement déféré à celui qui le suit (§ 9 *sup.*). Toutefois il importe de bien comprendre que par la force même des choses cette dévolution ne saurait s'appliquer dans toute espèce de *bonorum possessio*. Elle suppose, en effet, la présence de plusieurs personnes appelées par la même disposition de l'édit, personnes qui ont des titres de même nature, mais de force inégale, et entre lesquelles un ordre de préférence a été déterminé. Elle est donc impossible partout où le préteur n'a pas établi plusieurs degrés d'appelés. Plus précisément, la dévolution de degré à degré sera exclue : 1° dans la *bonorum possessio contra tabulas.* — Soit, en effet, un testament dans lequel le père de famille a omis tant son fils émancipé que le petit-fils issu de lui depuis l'émancipation. Le fils négligeant de demander la *bonorum possessio contra tabulas*, comment comprendre une dévolution au profit du petit-fils qui, n'ayant jamais figuré parmi les personnes que le testateur devait ou instituer ou exhéréder, n'a par cela même aucune vocation propre à cette *bonorum possessio?* 2° dans la *bonorum possessio unde liberi.* — Le défunt laissant, par exemple, un fils et de lui un petit-fils, ce dernier n'a jamais été héritier sien, et son grand-père, s'il eût testé, pouvait l'omettre impunément (L. 4 § 1, *De bon. poss. contr. tab.*, XXXVII, 4). Comment donc la répudiation de son père lui permettrait-elle d'exercer un droit auquel il n'a jamais eu la moindre vocation personnelle (1)? 3° dans la *bonorum possessio unde legitimi* déférée aux agnats. — Ici, en effet, le préteur n'appelle que ceux auxquels est déférée l'hérédité légitime, c'est-à-dire ceux qui occupent le plus proche degré au jour de la délation. Il devait donc rejeter la dévolution, à peine de

(1) Dans ces deux hypothèses, le petit-fils, inhabile à demander les *bonorum possessiones contra tabulas* ou *unde liberi*, pourra du moins se présenter ou comme agnat ou comme cognat. Mais comme agnat, il subira le concours des agnats du même degré, c'est-à-dire des frères ou sœurs consanguins du défunt ; comme cognat, il n'arrivera qu'à défaut d'agnats et concourra avec tous les parents du second degré. Enfin, soit comme agnat, soit comme cognat, il pourra être primé par son père en vertu des règles qui vont être exposées relativement aux effets de la dévolution d'un ordre à un autre ordre.

se contredire lui-même et d'altérer le caractère d'une *bonorum possessio* qui prétendait simplement confirmer le droit civil (1); 4° dans la *bonorum possessio unde legitimi* déférée aux personnes appelées par les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien. — On se rappelle, en effet, que ces sénatus-consultes ne créent chacun qu'un seul degré d'héritiers (nos 433 et 436); 5° enfin, dans la *bonorum possessio unde vir et uxor*. Car nul ne meurt laissant plus d'un conjoint.

Ces cas mis à part, la dévolution de degré à degré se comprend dans toutes les autres *bonorum possessiones*. Aussi les textes la présentent-ils comme constituant la règle générale (§ 9 *sup*. — L. 1 § 10, *De success. edict.*) (2). Mais il est hors de doute que c'est dans la *bonorum possessio unde cognati* qu'elle trouve son application la plus usuelle et la plus souvent citée (Inst., § 7, *De leg. agnat. succ.*, III, 2. — Ulp., XXVIII § 11 — L. 1 § 7, *Unde cogn.*, XXXVIII, 8). Au surplus, le principe même qui m'a servi à déterminer les cas dans lesquels elle est absolument exclue, implique que, là même où elle est admise, elle ne saurait s'étendre au delà du cercle des personnes appelées par le préteur. C'est ainsi que dans l'ordre des cognats elle n'appartient point aux parents du septième degré, si ce n'est aux enfants du *sobrinus* et de la *sobrina* (n° 457).

3° Enfin le défaillant était seul appelé dans son ordre, ou, ce qui revient au même, aucune des personnes appelées dans le même ordre, soit avec lui, soit à son défaut, n'arrive. — Dans cette hypothèse la dévolution s'opère en faveur de l'ordre subséquent. Ainsi la répudiation des descendants ouvre le droit des agnats, et celle des agnats le droit des cognats. Il est essentiel de faire remarquer ici que la même personne peut cumuler diverses qualités dont chacune lui serve de titre à une *bonorum possessio* spéciale. Soit par exemple un descendant devenu *sui juris* par la mort du défunt : il est tout à la fois *suus*, agnat et cognat, le voilà donc appelé à trois sortes de *bonorum possessiones*. Suppose-t-on, par conséquent, qu'il a répudié la *bonorum possessio unde liberi* : rien ne l'empêche de se présenter comme agnat (L. 2 pr., *Unde legit.*, XXXVIII, 7.). Répudie-t-il aussi la *bonorum possessio unde legitimi* : la ressource de la *bonorum possessio unde*

(1) Je rappelle toutefois que la dévolution ne fut rejetée ici qu'après une controverse dont j'ai déjà expliqué la raison d'être (Gaius, III, § 28. — N° 425).

(2) Ces textes, dans la généralité de leur rédaction, comprennent à la fois la dévolution de degré à degré et la dévolution d'ordre à ordre.

cognati lui reste encore (1). Dans le même ordre d'idées, celui qui ayant tout ensemble une vocation testamentaire et une vocation *ab* intestat n'aurait pas usé de la *bonorum possessio secundum tabulas*, pourrait demander une *bonorum possessio ab* intestat, et j'en dis autant du descendant omis qui aurait perdu son droit à la *bonorum possessio contra tabulas*. On voit par là que la dévolution d'un ordre à un autre profite quelquefois au défaillant lui-même, résultat que les jurisconsultes expriment par cette formule d'un laconisme élégant : *ipse sibi succedit*. (L. 1 § 11, *De success. edict.*).

Reste à faire observer qu'à l'égard des personnes appelées à profiter de la dévolution qui s'opère soit dans un même ordre, soit d'un ordre à un autre, le délai fatal donné pour demander la *bonorum possessio* ne commence jamais à courir avant l'arrivée du fait qui donne lieu à la dévolution (L. 9, *De bon. poss.*, XXXVII, 1). De ce moment, leur demande peut être valablement faite (§ 9 *sup.*); mais toute demande antérieure aurait été nulle dès le début et demeurerait nulle comme émanant d'une personne sans droit certain : sur ce dernier point toutefois, l'empereur Constance dérogea à la rigueur des principes en admettant que la dévolution une fois opérée confirmerait la demande prématurément formée pendant le délai donné aux précédents ayant droit (L. 9, C., *Qui admitt.*, VI, 9).

VIII. — DE LA PORTÉE PRATIQUE DES *bonorum possessiones*, OU DISTINCTION DES *bonorum possessiones cum re* ET *sine re*.

461. Dans le droit classique la *bonorum possessio* est donnée tantôt *cum re*, tantôt *sine re* (Gaius, III, § 35. — Ulp., XXVIII § 13) (2). Donnée *cum re*, elle est efficace envers et contre tous ; elle fait de celui qui l'obtient un véritable successeur universel qui, tant comme demandeur que comme défendeur, oppose victorieusement son titre soit aux tiers dépourvus de vocation civile, soit à l'héritier lui-même. Donnée *sine re*, elle demeure efficace contre les tiers qui n'ont pas de droit à l'hérédité ; mais elle n'est pas garantie contre l'héritier toujours libre d'évincer le *bonorum possessor* et de le réduire à un titre nu.

(1) J'ai à peine besoin de noter que le descendant a le plus grand intérêt à ne pas négliger la *bonorum possessio unde liberi*, lorsqu'il y a des agnats du même degré que lui, ou la *bonorum possessio unde legitimi*, lorsqu'il y a soit des agnats quelconques, soit des cognats de son degré.

(2) *Res*, c'est Ulpien qui l'exprime, est ici synonyme d'*effectus*.

Cette distinction, bizarre, inintelligible même pour qui attribuerait au préteur la pensée d'entrer en lutte ouverte avec le droit civil, apparaît, au contraire, toute naturelle et, pour ainsi dire, nécessaire, lorsqu'on ne voit dans les *bonorum possessiones* primitives qu'une voie de procédure tendant à régler une question de possession et à déterminer les rôles des parties dans la pétition d'hérédité. De ce point de vue il résulte qu'à l'origine la *bonorum possessio* ne dut être donnée *cum re* que dans deux cas, savoir, lorsqu'elle compétait à l'héritier lui-même ou lorsqu'elle était déférée en l'absence d'héritiers. Mais elle dut être invariablement donnée *sine re* toutes les fois que cela était nécessaire pour éviter un conflit entre le droit civil et le droit prétorien, c'est-à-dire toutes les fois que le *bonorum possessor* rencontrait en face de lui un héritier du droit civil. Que telle ait été la règle originaire, cela est démontré jusqu'à l'évidence par des textes de jurisconsultes appartenant à une époque où déjà cette règle n'était plus entière. Écoutons d'abord Gaius (II, §§ 119, 120, 148, 149) : il nous apprendra que jusqu'au règne d'Antonin le Pieux, lorsque la *bonorum possessio secundum tabulas* était donnée en vertu d'un testament que le droit civil méconnaissait comme inutile, rompu ou *irritum*, le *bonorum possessor* pouvait être évincé soit par l'héritier *ab* intestat, soit par l'héritier institué dans un testament régulier. Ailleurs (III, § 36), se plaçant dans l'hypothèse d'un testament valable même selon le droit civil, il suppose que l'institué, au lieu de demander *la bonorum possessio secundum tabulas*, fait la *cretio* et se contente de son titre d'héritier ; dans cette situation, si la *bonorum possessio* est demandée par les successibles *ab* intestat, soit les agnats, soit les cognats, elle ne leur sera pas refusée, dit-il, mais elle sera *sine re*. Enfin, ce même Gaius (III, § 37) et bien après lui Ulpien (XXVIII § 13) décident qu'un père de famille étant décédé intestat, si ses descendants, satisfaits de leur titre d'héritiers siens et nécessaires, négligent la *bonorum possessio unde liberi*, les agnats obtiendront sans difficulté la *bonorum possessio unde legitimi*, mais l'obtiendront *sine re*. Même résultat, lorsque les agnats appelés en première ligne se contentent de faire adition, et que la *bonorum possessio* est en conséquence déférée aux cognats (Gaius, III, § 37).

462 *a*. Ainsi, le droit prétorien s'inclinant absolument devant le droit civil, et, en règle générale, la *bonorum possessio* donnée *sine re*, tel fut bien le point de départ. Mais peu à peu le droit prétorien prit le pas sur le droit civil ; ce qui n'était au début qu'un règlement de

procédure tendit à devenir le système pratique des successions, et je démontrerai bientôt (n° 468) qu'à l'époque où Justinien rédigeait sa compilation il n'y avait plus de *bonorum possessio sine re*. Cette transformation était en pleine voie de genèse aux IIe et IIIe siècles de notre ère; et il serait intéressant, si les éléments d'observation ne nous faisaient presque tout à fait défaut, d'en suivre pas à pas la marche et les progrès. Mais les textes ne nous fournissent que quelques indications, et encore se restreignent-elles aux deux *bonorum possessiones* testamentaires.

Si d'abord nous envisageons la *bonorum possessio contra tabulas* en tant qu'elle est donnée à des descendants *non sui*, car à l'égard des *sui* le conflit des deux législations ne fut jamais possible, il est certain que dès le règne d'Antonin le Pieux elle était *cum re* : sans cela on ne s'expliquerait pas la généralité du rescrit déjà signalé (n° 334) par lequel ce prince décida que les descendantes omises, demandant la *bonorum possessio contra tabulas*, n'obtiendraient rien au delà de la quotité que le droit civil leur accordait sous le nom de *jus accrescendi*. Ce rescrit, c'est Gaius qui l'atteste (II, § 126), s'appliquait aussi bien aux filles émancipées qu'aux filles restées *in potestate*, et pourtant il n'aurait eu aucun sens à leur égard si la *bonorum possessio* leur avait été donnée *sine re*; car on ne limite pas les droits de qui n'a rien. Au surplus, ce serait dépasser les conclusions autorisées par le texte de Gaius que d'attribuer à Antonin le Pieux l'honneur d'avoir le premier consacré l'efficacité de la *bonorum possessio contra tabulas*. En effet, d'après le texte même de l'édit perpétuel rédigé sous Adrien, elle emportait l'obligation d'acquitter certains legs (n° 448; t. II, p. 89, note 3); or cette obligation ne se conçoit pas à la charge de qui n'eût rien recueilli. Aussi le rédacteur même de cet édit, Julien, nous apprend-il que l'émancipé omis intente valablement la pétition d'hérédité contre l'héritier inscrit et peut exiger de lui la translation de tous ses droits (L. 13 pr., *De bon. poss. contr. tab.*, XXXVII, 4).

Quant à la *bonorum possessio secundum tabulas*, que je suppose déférée en vertu d'un testament dénué de force aux yeux du droit civil, sans quoi les deux législations seraient nécessairement d'accord, le droit classique ne nous la présente pas comme aussi absolument efficace que la précédente. D'assez bonne heure pourtant, nous la trouvons donnée *cum re* au moins dans les cas suivants : 1° le testament pèche seulement par l'omission des formes rigoureuses du droit civil, savoir la *mancipatio familiæ* et la *verborum nuncupatio*. J'ai déjà dit (n° 461) que dans cette hypothèse l'abrogation de la règle pri

mitive fut l'œuvre d'Antonin le Pieux (Gaius, II, §§ 119 et 120); 2° le testament a été rompu par la survenance d'un posthume qui n'a pas survécu au testateur. Ici la dérogation au droit ancien remonte à l'empereur Adrien et fut confirmée par Caracalla (L. 12 pr., *De inj. rut.*, XXVIII, 3); 3° le testament a été rompu par la confection d'un testament postérieur, ou est devenu *irritum* par l'adrogation de son auteur; mais plus tard le testateur a matériellement anéanti le second testament en laissant subsister le premier, ou bien, après être devenu *sui juris*, il a manifesté l'intention de conserver ses dispositions. Dans ces deux cas, Papinien (L. 11 § 2, *De bon. poss. sec. tab.*, XXXVII, 11) décide que l'exception de dol opposée par l'héritier au *bonorum possessor* ne doit pas réussir, ce qui revient bien à dire que la *bonorum possessio* est donnée *cum re;* 4° le testament nul ou *irritum* d'après le droit civil institue des personnes qui pourraient arriver *ab* intestat (L. 12 pr., *De inj. rupt.*, XXVIII, 3) (1).

Un texte mutilé de Gaius (II, § 149) indiquait peut-être d'autres cas où de son temps la *bonorum possessio secundum tabulas* était déjà *cum re;* mais, quelque multipliés que pussent être ces cas, il est hors de doute qu'au commencement du IIIe siècle, elle était encore, en principe, soumise à la règle originaire. Un texte d'Ulpien (XXVIII § 6) en fait foi. Notamment, elle était *sine re* lorsque la nullité du testament tenait à l'incapacité de son auteur, et par exemple lorsqu'il émanait d'une femme qui, placée sous la tutelle d'un ascendant ou d'un patron, n'avait pas été autorisée (Gaius, II, §§ 118, 119 et 122 (2). Très-probablement la décision était la même lorsque la

(1) Ici l'efficacité de la *bonorum possessio secundum tabulas* intéresse principalement les légataires. Car, si elle n'était donnée que *sine re*, les institués ne recueilleraient en réalité qu'en vertu de leur vocation *ab* intestat, et par conséquent les dispositions mises à leur charge cesseraient de les grever. Tout au contraire, étant appelés *cum re*, ils ne peuvent pas s'affranchir des charges en répudiant le testament pour venir *ab* intestat. Cette manœuvre était prévue et déjouée par une disposition spéciale de l'édit (t. II, page 95, note 1 *in fine*).

(2) Ce cas écarté, si une femme en tutelle teste sans autorisation, quel sera le caractère de la *bonorum possessio secundum tabulas?* Gaius (II, § 121) constate à cet égard une discussion dont il est facile de se rendre compte. Les uns voulaient que la *bonorum possessio* fût *sine re*, les autres la donnaient *cum re*. C'est que pour ceux-là sans doute l'autorisation du tuteur était une condition de capacité et que pour ceux-ci elle n'était qu'une condition de forme. La première opinion dut être universelle au début, comme étant seule conforme à l'esprit qui avait organisé la tutelle des femmes; mais la seconde, vers laquelle Gaius paraît incliner, était devenue bien plus logique, depuis que les tuteurs autres que le père ou le patron avaient perdu le droit de refuser leur *auctoritas*.

factio testamenti faisait défaut à l'institué : telle est, à l'égard du posthume externe en particulier, la conclusion que suggère le sénatus-consulte par lequel il fut déclaré incapable de recueillir des fidéicommis, disposition assez inutile s'il avait pu recueillir comme *bonorum possessor* (Gaius, II, § 287) (1).

A l'égard des *bonorum possessiones ab* intestat, le silence des textes est absolu. Mais si le raisonnement peut dans une certaine mesure suppléer au témoignage des jurisconsultes, il n'est guère douteux que la *bonorum possessio unde liberi*, fondée sur les mêmes principes que la *bonorum possessio contra tabulas*, dût suivre une marche parallèle; il est bien probable aussi que la *bonorum possessio unde decem personæ* ne tarda pas à être donnée *cum re*, à raison du peu de faveur qui s'attachait au *manumissor extraneus*.

Quant aux six autres *bonorum possessiones*, à coup sûr elles furent toujours *cum re*, lorsqu'elles étaient déférées en l'absence d'héritier reconnu par le droit civil (2); que si leur délation avait sa cause dans une dévolution résultant de ce que l'héritier s'était contenté de sa vocation légitime, il est difficile de dire quelque chose de précis.

Recherchera-t-on maintenant quelle fut l'idée générale qui présida à cette transformation des *bonorum possessiones* et quelle est l'autorité qui la consacra? La réponse à ces deux questions me paraît facile. Et d'abord le préteur avait été plus humain que le droit civil; il avait tenu beaucoup plus de compte de l'équité et des affections naturelles; et sa façon de déterminer et de classer les divers ordres de successibles répondait mieux au besoins d'un peuple devenu étranger aux préoccupations à la fois théocratiques et aristocratiques qui avaient dirigé les premiers législateurs romains. Là donc fut l'idée inspiratrice, et cette idée eut d'autant plus de puissance que, sans prétendre faire la loi, le préteur la faisait en réalité dans tous les cas où il déférait la *bonorum possessio* à défaut d'héritiers. On s'accoutumait ainsi à l'idée d'une législation nouvelle émanant du magistrat. Mais, à mon sens, ce n'est pas par sa propre force que le système prétorien prévalut, ce ne fut pas le préteur qui abrogea le droit civil. J'ai montré

(1) Ce que je dis du posthume externe institué suppose, bien entendu, qu'il n'a pas de vocation *ab* intestat. Sinon, la *bonorum possessio* lui serait donnée *cum re* (L. 6 pr., *De inoff. test.*, V, 2).

(2) Pour la *bonorum possessio unde cognati*, cela est démontré par un passage de Cicéron (*Pro Cluent.*, 15).

tout à l'heure les empereurs Adrien, Antonin le Pieux et Caracalla intervenant dans certains cas pour rendre la *bonorum possessio cum re*. Je conclus de là que dans son ensemble ce travail de transformation fut l'œuvre des constitutions impériales, subsidiairement peut-être de la jurisprudence, et que les conceptions prétoriennes ne détrônèrent celles du droit civil qu'en obtenant de lui une adoption expresse.

463 *a*. Que si l'on veut établir une comparaison détaillée entre la situation du *bonorum possessor cum re* et celle du *bonorum possessor sine re*, voici les résultats auxquels on arrive :

1° Le succès du *bonorum possessor* dans l'interdit *quorum bonorum* est indépendant de l'efficacité attachée à son titre. Il lui suffit, en effet, d'établir qu'il a demandé en temps utile la *bonorum possessio* et que les conditions auxquelles le préteur la subordonne se réunissaient réellement en sa personne, par exemple qu'il était le fils du défunt et que celui-ci l'avait omis dans son testament (L. 1, C., *Quor. bon.*, VIII, 2). Or cette preuve, le *bonorum possessor sine re* la fournit aussi facilement que le *bonorum possessor cum re*, et il la fournit, quel que soit son adversaire, fût-ce l'héritier lui-même, d'où il suit que ce dernier succombe infailliblement dans l'interdit *quorum bonorum*. Telle est bien la doctrine qui ressort d'un passage de Gaius (IV, § 114), et cette doctrine n'a rien d'inique, rien de déraisonnable, si l'on songe que la décision rendue sur l'interdit n'a qu'une valeur provisoire ; que, bien loin de trancher le litige au fond, elle oblige seulement le vaincu à prendre le rôle de demandeur en pétition d'hérédité et à faire la preuve de son droit (L. 3, C., *Quor. bon.*, VIII, 2).

2° Le *bonorum possessor cum re*, soit qu'il intente la *possessoria hereditatis petitio* contre l'héritier du droit civil, soit qu'il défende à la *directa hereditatis petitio* exercée par celui-ci, triomphe nécessairement (1). Dans ces deux mêmes cas, au contraire, l'échec du *bonorum possessor sine re* est certain (2). Et tel est le sens des nombreux textes où il est dit de lui : *non obtinet hereditatem, avocari ab eo* ou *evinci hereditas potest* (Gaius, II, § 148 ; III, §§ 35 à 37) (3). De-

(1) Toutefois, quand il est défendeur, il a besoin, pour triompher, de faire insérer dans la formule une exception de dol (Gaius, II, § 120). Car l'action de l'héritier est fondée *ipso jure*.

(2) Lorsqu'il est demandeur, son échec suppose une exception de dol opposée par l'héritier défendeur (L. 11 § 2, *De bon. poss. sec. tab.*, XXXVII, 11).

(3) Incontestablement, ces expressions se réfèrent au résultat de l'action, non de l'interdit, puisque l'interdit ne s'applique qu'aux choses corporelles, et que l'hé-

mandera-t-on pourquoi ce *bonorum possessor* n'est pas traité dans la pétition d'hérédité comme il l'est dans l'interdit? La raison en est simple. La pétition d'hérédité, comme toutes les actions proprement dites, aboutit à une décision définitive sur le fond. Si donc le préteur voulait protéger contre ses propres dispositions le droit supérieur de l'héritier, il n'avait pour cela qu'un seul moyen : c'était de lui assurer la victoire dans l'action. Est-ce à dire que la *possessoria hereditatis petitio* soit absolument inutile au *bonorum possessor sine re*? Non, car il l'intenterait avec succès contre le possesseur sans titre ou contre le possesseur *pro herede* qui ne justifierait pas de sa qualité d'héritier.

3° Les actions fictices dont le *bonorum possessor* est investi contre les débiteurs du défunt ou tenu envers ses créanciers réussissent sans distinguer si la *bonorum possessio* est *cum re* ou *sine re*. Car elles n'exigent évidemment que deux preuves, celles du droit qui eût été allégué par ou contre le défunt lui-même et celle d'une *bonorum possessio* obtenue conformément à l'édit. Néanmoins, à l'égard du *bonorum possessor sine re*, elles cessent d'être recevables du jour où il est évincé par l'héritier, parce que de ce jour il devient étranger tant aux avantages qu'aux charges de la succession, et qu'en conséquence la fiction sur laquelle ces actions sont construites manque de base.

4° Enfin, tout *bonorum possessor* usucape les choses corporelles héréditaires dont il s'est mis lui-même en possession ou qu'il s'est fait délaisser par des tiers. Mais tandis que le *bonorum possessor cum re* a la certitude de pousser son usucapion jusqu'au bout et d'en garder le bénéfice, le *bonorum possessor sine re* n'achève la sienne, ou n'en profite qu'autant que l'héritier ne le force pas à restituer (1).

Notons, en terminant, qu'une *bonorum possessio* déférée *sine re* peut après coup devenir efficace : pour comprendre ce résultat, il faut supposer que l'héritier préférable au *bonorum possessor* répudie, ou encore qu'avant d'avoir fait adition il meure ou devienne incapable, et cela sans qu'il y ait lieu à dévolution au profit d'un autre héritier.

rédité elle-même, c'est-à-dire l'ensemble des droits héréditaires, n'est en jeu que dans l'action.

(1) Quand même l'usucapion serait déjà achevée au moment où l'héritier agit, j'estime que le *bonorum possessor sine re* n'en bénéficierait pas ; il devrait ou rendre la chose ou en payer la valeur.

IX. — DES BONORUM POSSESSIONES DECRETALES.

464 *a*. Les *bonorum possessiones* dont j'ai traité jusqu'à présent, celles qui finirent par constituer un système successoral, sont appelées *ordinariæ* (L. 3 §§ 14, 15 et 16, *De Carb. edict.*, XXXVII, 10) ou *edictales* (L. 30 § 1, *De acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2. — L. 1 § 5, *Si tab. test. null.*, XXXVIII, 6) : *ordinariæ*, parce qu'elles s'enchaînent en une véritable série (1); *edictales*, parce qu'elles sont accordées sans examen en vertu d'une disposition générale de l'édit. Mais en regard il y a d'autres *bonorum possessiones* que les textes qualifient *decretales* (L. 1 § 7, *De succ. edict.*, XXXVIII, 9) (2), ce qui exprime très-clairement qu'elles ne sont accordées qu'en vertu d'un décret rendu après examen (*cognita causa*), et qu'en les accordant, le magistrat ne fait pas acte de juridiction gracieuse. D'où les quatre conséquences suivantes : 1° le réclamant n'est pas admis à procéder par voie de simple requête écrite (L. 71, *De reg. jur.*, L, 17) ; 2° le magistrat ne statue valablement qu'à son tribunal (L. 3 § 8, *De bon. poss.*, XXXVII, 1) ; 3° bien que ces *bonorum possessiones* doivent être demandées dans le même délai légal que les autres, en fait elles comporteront toujours un délai sensiblement plus long, parce qu'ici on ne peut compter comme jours utiles que ceux où le magistrat siége, non pas même tous ces jours, mais seulement ceux qu'il consacre à répondre aux demandes qui lui sont adressées (L. 2 §§ 1 et 2, *Quis ordo in poss.*, XXXVIII, 15) (3) ; 4° la *bonorum possessio decretalis* ne peut pas faire l'objet d'une répudiation proprement dite (L. 1 § 7, *De succ. edict.*) Cette proposition, tout d'abord un peu obscure, ne tend certainement pas à nier la déchéance qu'encourrait l'ayant droit par un silence prolongé jusqu'à l'expiration du délai légal qui lui est donné

(1) L'adjectif *ordinarius* exprime avant tout l'idée d'un lien logique (*ordo*), et c'est bien en ce sens qu'il est employé par Ulpien (L. 1 pr., *Si tab. test. null.*, XXXVIII, 6). Aussi n'hésité-je pas à dire qu'on expliquerait très-mal la qualification donnée à ces *bonorum possessiones* par ce fait, d'ailleurs certain, qu'elles sont les plus usuelles et que ce sont celles auxquelles on se réfère toutes les fois que rien n'indique clairement le contraire. Cependant la bonne foi m'oblige à reconnaître que cette explication est bien celle que suggère le rapprochement de deux textes des Institutes (§§ 6 et 7, *De bon. poss.*).

(2) On aurait pu aussi les appeler *extraordinariæ*.

(3) Il est évident, d'ailleurs, qu'ici le délai ne court jamais qu'à partir du fait qui permet de solliciter le décret du magistrat (L. 3 § 16, *De edict. Carb.*, XXXVII, 10).

pour former sa demande; elle signifie seulement qu'une volonté de répudier manifestée dans le cours de ce délai n'emporte pas exclusion; car tout refus suppose une offre, et la *bonorum possessio decretalis* n'est pas offerte, n'est pas déférée par l'édit: ici en réalité le moment de la délation et le moment de l'acquisition se confondent.

465 *a*. Trois exemples vont mettre en lumière le caractère général des espèces dans lesquelles il peut y avoir lieu à la *bonorum possessio decretalis :*

1 et 2° Supposons qu'au jour du décès le premier successible appelé par testament ou *ab* intestat soit fou. On sait déjà que la *bonorum possessio edictalis* ne peut pas lui être acquise par son curateur. Mais comme par cela même le délai fatal qui doit l'exclure ne court pas, et qu'en conséquence il n'y a pas de dévolution possible au profit du substitué ou des successibles *ab* intestat qui viennent après lui (t. II, page 117, note 2), il semble que les biens vont nécessairement demeurer jacents. On évite cet inconvénient par une *bonorum possessio decretalis* accordée au fou, si son curateur la demande, sinon, aux successibles testamentaires ou légitimes appelés à son défaut. Mais dans l'une et l'autre hypothèse, rien n'est définitif jusqu'à ce qu'il recouvre la raison ou qu'il meure : au premier cas, il est admis à demander la *bonorum possessio edictalis;* au second cas, il y a dévolution au profit des appelés subséquents dont sa présence paralysait la vocation (L. 1, *De bon. poss. fur.*, XXXVII, 3. — L. 2 § 11, *Ad sct. Tertull.*, XXXVIII, 17. — L. 7 § 3, C., *De cur. fur.*, V, 70.

3° Soit un impubère, qui demande, comme descendant du défunt, la *bonorum possessio contra tabulas* ou la *bonorum possessio unde liberi*, mais à qui l'on conteste son état (1), et, par voie de conséquence, son droit à la *bonorum possessio*. Faire juger immédiatement la question principale, la question d'état, ce serait livrer les plus précieux intérêts de l'enfant aux hasards d'un procès qu'il est incapable de diriger lui-même. Aussi une disposition prétorienne, introduite par le préteur Papirius Carbo, et pour cela connue sous le nom d'édit Carbonien, décida que le magistrat pourrait, après examen, remettre à l'époque de la puberté le procès sur la question d'état, et, en attendant, donner une *bonorum possessio* comme s'il n'y

(1) Il ne faut pas confondre état et filiation. On peut contester l'état de l'impubère sans nier qu'il soit le descendant du défunt, et cela suffit pour entraîner application des règles que je développe (L. 7 § 1; L. 8 pr., § 1, *De Carb. edict.*).

avait point de litige (L. 1 pr., *De Carb. edict.*, XXXVII, 10). L'enquête à laquelle le magistrat procède porte sur deux points : d'abord, il doit examiner, mais sommairement, s'il y a quelques vraisemblances en faveur de l'état réclamé par l'enfant ou en son nom, et ce n'est qu'autant que la fausseté de sa prétention est évidente, qu'il refuse la *bonorum possessio Carboniana* (L. 3 §§ 4 et 5, *De Carb. edict.* — L. 1 § 14, *De ventr. in poss. mitt.*, XXXVII, 9). Puis, en supposant qu'il ait décerné la *bonorum possessio*, il doit rechercher avec le plus grand soin si l'ajournement du procès sur la question d'état ne serait pas plutôt préjudiciable qu'utile à l'impubère, et il ne le prononce pas si l'on peut vraisemblablement craindre que les moyens de preuve aujourd'hui existants ne viennent à disparaître, si par exemple il y a des témoins dont la mémoire ou l'intégrité soient suspectes, ou que leur âge menace d'une mort prochaine (L 3 § 5, *De Carb. edict.*). Au surplus, il faut bien remarquer que la *bonorum possessio Carboniana*, loin de supprimer le droit de l'enfant aux *bonorum possessiones contra tabulas* ou *unde liberi*, n'a de valeur qu'autant qu'il demande l'une ou l'autre (L. 3 § 15, *De carb. edict.*) (1); car elle est précisément destinée à en limiter les effets et à les rendre provisoires.

Par la façon même dont j'ai posé l'hypothèse, on voit que la *bonorum possessio Carboniana* implique nécessairement deux contestations, l'une principale portant sur l'état, l'autre subordonnée et ayant trait à la succession (L. 3 § 2; L. 6 § 3, *De carb. edict.*) (2); qu'elle n'est jamais donnée à des descendants par les femmes (L. 1 § 2, *De Carb. edict.*); et que les descendants par les mâles ne l'obtiennent eux-mêmes qu'autant qu'ils n'ont été ni institués ni exhérédés : car, quel que soit leur état, institués ils succèdent, exhérédés ils sont exclus (L. 3 pr.; L. 11, *De Carb. edict.*) (3).

(1) Ceci souffre exception lorsque l'enfant est *suus*. Libre à lui, dans ce cas, de s'en tenir à sa qualité d'héritier; mais cela entraîne, par application du droit commun, l'admission du contestant à la *bonorum possessio edictalis* (L. 7 § 8, *De Carb. edict.* — L. 1 § 4, *Si tab. test. null.*, XXXVIII, 6).

(2) Cela veut-il dire que l'une de ces contestations se présentant seule sera nécessairement jugée tout de suite? Telle est, en effet, la règle pour les contestations relatives au droit de succession (L. 1 § 10, *De Carb. edict.*). Mais pour celles qui concernent l'état, des constitutions impériales décidèrent qu'on en reculerait toujours l'examen jusqu'à l'époque de la puberté, à moins sans doute que l'intérêt même de l'impubère ne s'y opposât (L. 3 § 2, *De Carb. edict.* — L. 7 § 1, *De ventr. in poss. mitt.*).

(3) Si pourtant on suppose que le défunt a institué son posthume, il est impossi-

466 *a*. Reprenant les exemples précédents, que voyons-nous? la *bonorum possessio decretalis* accordée : 1° à un successible fou, parce que, même en supposant que la *bonorum possessio edictalis* lui soit dès à présent déférée, il ne peut pas dans son état actuel et peut-être il ne pourra jamais l'acquérir; 2° aux successibles qui viendraient à défaut de ce fou, parce que, rien ne changeant jusqu'à sa mort, il est certain que la *bonorum possessio edictalis* leur sera déférée; 3° enfin, à un impubère dont on conteste l'état, car il est impossible de vérifier dès aujourd'hui le droit que dès aujourd'hui pourtant il a ou n'a pas à la *bonorum possessio edictalis*. Une généralisation, qui n'a rièn de téméraire, nous conduit donc à cette conclusion : la *bonorum possessio decretalis* suppose ou obstacle temporaire à l'acquisition d'un droit déjà ouvert, ou droit simplement éventuel, ou impossibilité légale d'établir actuellement son droit. De sorte qu'elle présente le caractère d'une mesure à la fois conservatoire et provisoire : conservatoire, car le réclamant gardera peut-être définitivement les biens qu'il demande aujourd'hui; provisoire, car peut-être aussi sera-il obligé de les restituer un jour. Ce double caractère nous permet de déterminer les effets que cette *bonorum possessio* doit produire et ceux qu'il faut lui refuser :

1° Elle implique le droit d'administrer la succession, et ce droit comprend l'exercice tant actif que passif de toutes les actions qui résidaient en la personne du défunt (1); mais il est subordonné à l'obligation de fournir une satisdation dont le refus aurait pour conséquence la nomination d'un curateur (L. 1, *De bon. poss. fur*. — L. 5 §§ 1, 2 et 5, *De carb. edict.*) (2).

ble que la filiation de l'enfant né après sa mort soit contestée sans que cela entraîne contestation sur le droit à la succession. Par exception donc, on admet ici l'application de l'édit Carbonien (L. 1 § 8, *De Carb. edict.*). C'est même une question entre les interprètes que de savoir s'il ne faut pas étendre cette solution au cas où l'impubère déjà né n'aurait été institué qu'en sa qualité d'enfant du défunt et où par conséquent l'on ne pourrait mettre en doute sa filiation sans mettre en doute du même coup son droit de succession. Les textes présentent des institutions de ce genre (L. 4, C., *De hered. inst.*, VI, 24. — L. 46 pr., *De jur. fisc.*, XLIX, 14).

(1) Il n'est pas probable que la formule de ces actions soit celle des actions fictices dont j'ai parlé précédemment (nos 442 et 463); car on ne peut plus ici comprendre une fiction qui attribuerait la qualité d'héritier au *bonorum possessor*.

(2) D'après l'édit Carbonien, quand l'impubère ne fournit pas la satisdation, le contestant obtient, à titre d'équivalent, un envoi en possession conservatoire qui lui permet d'administrer sous la condition de fournir lui-même des fidéjusseurs. C'est ce qui résulte des textes que je cite (joindre L. 1 § 1, *De Carb. edict.*).

2° J'ai dit que la *bonorum possessio decretalis* implique obligation éventuelle de restituer (1). Sous une autre forme cela signifie qu'elle est nécessairement *sine re* (2), et cela implique aussi qu'elle ne constitue jamais une *justa causa possidendi.*

3° Elle n'autorise pas l'exercice de l'interdit *quorum bonorum*; car cet interdit suppose l'*animus domini* qu'exclut bien évidemment la nature de cette *bonorum possessio* (3). Il sera donc remplacé par l'interdit *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* (XLIII, 4).

4° A plus forte raison, le *bonorum possessor ex decreto* rencontre-t-il dans la nature de son titre un obstacle à intenter la pétition d'hérédité, mais réciproquement ce titre le protége contre toute action semblable de la part des tiers (L. 3 § 13, *De carb. edict.* — L. 20, *De inoff. test.*, V, 2) (4).

5° Enfin, s'il vient à mourir, le bénéfice de son titre ne se transmet pas à ses héritiers (L. 1, *De bon. poss. fur.*, XXXVII, 3) (5).

(1) Comme conséquence de cette obligation, si le *bonorum possessor* puise son droit dans un testament, l'exécution des legs ne peut lui être demandée qu'à la charge par les légataires de promettre avec satisdation que, le cas échéant, eux-mêmes restitueront (L. 48 § 1, *De leg.* 2°, XXXI).

(2) Par exception, dans le cas de l'édit Carbonien, l'impubère est nourri et élevé aux frais de la succession, et cela sans aucune charge de restitution. Toutefois, ce droit est plus ou moins largement entendu, selon qu'il a ou non donné caution (L. 5 § 3, *De Carb. edict.*). Pareillement, le fou qui n'a pas de fortune personnelle ne doit pas la restitution de ses frais d'entretien (L. 51 pr., *De hered. pet.*, V, 3).

(3) Dans le cas prévu par l'édit Carbonien, l'interdit *quorum bonorum* paraît admis (L. 15, *De Carb. edict.*). Mais il dérive évidemment de la *bonorum possessio edictalis*, que l'impubère a demandée concurremment à la *bonorum possessio Carboniana.*

(4) Le premier de ces textes, relatif à l'hypothèse de l'édit Carbonien, porte que l'impubère ne peut pas *hereditatem petere quasi bonorum possessor Carbonianus aut singulas res.* D'où l'on a conclu, mais à grand tort, selon moi, que l'exercice des actions réelles ne lui appartient pas. Le vrai sens du texte me paraît être que, de même qu'on lui refuse la pétition d'hérédité, de même lui refuse-t-on toute revendication particulière dans laquelle il ne pourrait triompher qu'en alléguant et en faisant constater sa qualité d'héritier.

(5) Ceci évidemment ne s'applique pas au *bonorum possessor Carbonianus.* Mais pourquoi? parce qu'à cette qualité il joint ou celle de *bonorum possessor edictalis* ou celle d'héritier. Le préteur, qui se proposait ici de conserver intacts les droits de l'impubère, les eût compromis en rejetant la transmissibilité. Je remarque, à cette occasion, que l'on déroge ici à la règle d'après laquelle la *bonorum possessio* non acquise est intransmissible, et que ceux contre qui la *bonorum possessio Carboniana* a été obtenue venant à mourir avant la puberté du *bonorum possessor*, leur droit se transmet à leurs héritiers. L'équité exigeait absolument cette solution; car la seule cause qui ait empêché ces personnes d'acquérir, c'est l'application de l'édit Carbonien (L. 12, *De Carb. edict.*).

467 *a*. La théorie que je viens d'exposer serait peut-être complète pour qui s'arrêterait au dernier état de la législation classique et à celle de Justinien. Mais, si l'on remonte plus haut, il me paraît certain qu'au début la *bonorum possessio decretalis* ne fut pas seulement accordée dans les hypothèses et pour les motifs que j'ai fait connaître; elle le fut aussi dans nombre de cas où la rédaction de l'édit paraissait insuffisante, et où le droit à la *bonorum possessio edictalis* résultait de son esprit plutôt qu'il n'était conforme à son texte. Ici donc le décret du préteur avait, pour le cas particulier dans lequel il intervenait, la même valeur et la même force qu'une disposition générale de l'édit, de sorte que la *bonorum possessio* n'était *decretalis* que dans la forme, mais au fond elle avait un caractère définitif et produisait tous les effets d'une *bonorum possessio edictalis*. Aussi finit-elle en des cas pareils par prendre absolument ce dernier caractère et par être donnée *de plano*. L'existence de cette seconde branche d'applications et en même temps la transformation que je signale vont être démontrées par la comparaison de textes appartenant à des époques très-différentes. Trois exemples suffiront :

1° Soit un testament dans lequel le défunt, instituant son fils émancipé, a omis le posthume dont sa femme pourrait être grosse au jour du décès (*præteriit ventrem*). L'institué peut-il demander la *bonorum possessio secundum tabulas*? non, car le testament est exposé à perdre sa force par la naissance du posthume. Peut-il demander la *bonorum possessio contra tabulas ?* pas davantage. Car on n'est pas sûr que le posthume naisse. Cela étant, pour garantir son droit qui, quoi qu'il arrive, est certain, Africain (L. 84, *De acq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2) lui donne une *bonorum possessio decretalis;* et un jurisconsulte encore plus ancien, Julien, raisonnant certainement dans la même doctrine (L. 5, *De bon. poss. contr. tab.*, XXXVII, 4) (1), décide que si l'institué meurt avant d'être fixé sur la *bonorum possessio* à laquelle il est appelé, son droit passera à ses héritiers. Dans la même hypothèse, Paul, beaucoup plus récent, ne mentionne plus la nécessité d'un décret (L. 4, *De bon. poss. contr. tab.*) (2).

(1) Si l'on entendait ce texte d'une *bonorum possessio* ordinaire, il conduirait à admettre, contrairement aux témoignages les plus positifs, la transmissibilité du droit non encore acquis.

(2) J'ai supposé tout spécialement l'institution d'un émancipé. Mais il est possible que le testateur ait institué ou un *suus* ou un *extraneus* ordinaire, et sans nul

2° et 3° Mon fils, entré dans une famille adoptive, se marie et devient père; puis, rendu *sui juris* par la mort de l'adoptant, il émancipe son fils. Moi mort, celui-ci pourra-t-il, si je l'ai omis dans mon testament, demander la *bonorum possessio contra tabulas*? Pour la lui refuser, on se fonderait sur ce que l'émancipé se rattache à la famille de l'émancipateur, qui dans l'espèce est celle de l'adoptant, non la mienne. Pareillement, si un émancipé émancipe lui-même l'enfant qu'il a sous sa puissance, puis se donne en adrogation et redevient *sui juris* par la mort de l'adrogeant, n'aura-t-on pas le droit de soutenir qu'il a pu régulièrement omettre son fils? Car celui-ci se rattache à la famille à laquelle son père appartenait au jour de l'émancipation, et cette famille n'est pas celle dans laquelle son père est entré plus tard et est resté. Dans les deux hypothèses, Africain résout la question en accordant une *bonorum possessio decretalis* (L. 14 § 1, *De bon. poss. contr. tab.*). Mais Paul et Ulpien donnent la *bonorum possessio* ordinaire (L. 3 § 9; L. 6 § 4; L. 17, *De bon. poss. contr. tab.*) (1).

X. — DES *bonorum possessiones* DANS LA LÉGISLATION DES INSTITUTES.

Lib. III, tit. IX, *De bonorum possessionibus*, § 4. — Sed eas quidem prætoria introduxit jurisdictio. A nobis tamen nihil incuriosum prætermissum est; sed nostris constitutionibus omnia corrigentes, *contra tabulas* quidem et *secundum tabulas*

Telles sont les *bonorum possessiones* introduites par la juridiction prétorienne. Quant à nous, notre attention n'a rien négligé; mais, corrigeant toutes choses par nos constitutions, nous avons admis comme fondées sur la nécessité les

doute Africain admettait aussi la *bonorum possessio decretalis* dans ces deux cas. Mais il faut remarquer 1° que le *suus* n'en avait pas besoin, lorsque la veuve du défunt n'était pas véritablement enceinte; car alors il avait été saisi de plein droit et même à son insu; 2° qu'à l'inverse, elle n'était utile à l'*extraneus* ordinaire qu'autant qu'il ne naissait pas de posthume, sans quoi la rupture du testament anéantissait son droit. D'où je conclus que cet *extraneus* n'ayant pas un droit certain, la *bonorum possessio* dut toujours à son égard rester *decretalis* tant au fond que dans la forme. Et en effet, il est remarquable que le texte de Paul ne se réfère pas à lui.

(1) Ce que j'ai dit de certaines *bonorum possessiones* qui, primitivement données *ex decreto*, devinrent ensuite *edictales*, on l'a parfois généralisé, et on a conjecturé qu'au début toute *bonorum possessio* fut *decretalis*. A mon sens, rien n'autorise cette conjecture; et si l'on remarque bien que dans toutes les hypothèses ci-dessus le décret n'a d'autre but que de combler les lacunes de l'édit, on trouvera plutôt là un argument en sens contraire.

bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas, necnon ab intestato *unde liberi* et *unde legitimi* bonorum possessiones. Quæ autem in prætoris edicto quinto loco posita fuerat, id est *unde decem personæ*, eam pio proposito et compendioso sermone supervacuam ostendimus. Quum enim præfata bonorum possessio decem personas præponebat extraneo manumissori, nostra constitutio quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus eisdemque manumissoribus contracta fiducia manumissionem facere dedit, ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, et supervacua fiat supradicta bonorum possessio. Sublata igitur præfata quinta bonorum possessione, in gradum ejus sextam antea bonorum possessionem induximus, et quintam fecimus quam prætor proximis cognatis pollicetur.

bonorum possessiones contra tabulas et *secundum tabulas*, et pareillement *ab* intestat les *bonorum possessiones unde liberi* et *unde legitimi*. Quant à celle que l'édit du préteur plaçait au cinquième rang, c'est-à-dire la *bonorum possessio unde decem personæ*, dans une intention bienveillante et en quelques mots nous avons prouvé qu'elle était superflue. En effet, tandis que cette *bonorum possessio* faisait passer dix personnes avant le *manumissor* étranger, notre constitution sur l'émancipation des enfants accorde aux ascendants cet avantage d'être toujours eux-mêmes les *manumissores*, grâce au contrat de fiducie qui est désormais réputé sous-entendu dans toute manumission, de sorte que la susdite *bonorum possessio* n'a plus de raison d'être. La cinquième *bonorum possessio* étant donc supprimée, nous avons mis à sa place celle qui occupait autrefois le sixième rang et qui devient ainsi la cinquième, savoir, celle que le préteur promet aux plus proches cognats.

§ 5. — Quumque antea fuerat septimo loco bonorum possessio *tum quem ex familia*, et octavo *unde liberi patroni patronæque et parentes eorum*, utramque per constitutionem nostram, quam de jure patronatus fecimus, penitus vacuavimus. Quum enim ad similitudinem successionis ingenuorum, libertinorum successiones posuimus, quas usque ad quintum tantummodo gradum coarctavimus, ut sit aliqua inter ingenuos et libertos differentia, sufficit eis tam *contra tabulas* bonorum possessio, quam *unde legitimi* et

Et tandis qu'autrefois les septième et huitième rangs étaient occupés par les *bonorum possessiones tum quem ex familia* et *unde liberi patroni patronæque et parentes eorum*, l'une et l'autre ont été absolument supprimées par notre constitution relative aux droits de patronage. En effet, comme nous avons organisé la succession des affranchis à l'image de celle des ingénus, en la limitant toutefois au cinquième degré, afin de ne pas effacer toute différence entre les ingénus et les affranchis, les *bonorum possessiones*

unde cognati, ex quibus possunt sua jura vindicare, omni scrupulositate et inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum resoluto.

contra tabulas, *unde legitimi* et *unde cognati* leur suffisent pour faire valoir leurs droits, sans s'engager dans les subtilités et dans l'inextricable dédale de ces deux *bonorum possessiones*.

§ 6. — Aliam vero bonorum possessionem quæ *unde vir et uxor* appellatur, et nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, et in suo vigore servavimus, et altiore loco, id est sexto, eam posuimus ; decima veteri possessione, quæ erat *unde cognati manumissoris*, propter causas enarratas merito sublata, ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariæ permaneant suo vigore pollentes.

Quant à une autre *bonorum possessio* appelée *unde vir et uxor*, et que les anciens plaçaient au neuvième rang, nous lui avons conservé toute son application, et nous l'avons fait monter au sixième rang. Mais, pour les causes précédemment expliquées, nous avons supprimé la dixième *bonorum possessio* qu'on appelait *unde cognati manumissoris*, de sorte que désormais il ne reste plus en vigueur que six *bonorum possessiones* ordinaires.

§ 10. — Sed bene anteriores principes et huic causæ providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet, sed, quocumque modo si admittentis eam indicium, intra statuta tamen tempora, ostenderit, plenum habeat earum beneficium.

Au surplus, et fort sagement, les princes antérieurs ont décidé que nul n'aurait à se préoccuper de demander la *bonorum possessio*, mais que la volonté de l'accepter manifestée d'une façon quelconque, pourvu que ce fût dans le délai, entraînerait pleine acquisition du droit.

468. — Les innovations de Justinien en cette matière se rapportent toutes à la *bonorum possessio edictalis*. Je crois pouvoir les résumer comme il suit :

1° Il supprime la *bonorum possessio unde decem personæ* rendue sans application par la constitution qui, en sous-entendant le contrat de fiducie dans toute émancipation, avait fait disparaître le personnage du *manumissor extraneus* (§ 4 *sup.*). Il supprime également les *bonorum possessiones tum quem ex familia*, *unde patronus patrona liberique et parentes patroni patronæve*, et *unde cognati manumissoris* (§§ 5 et 6 *sup.*). En résumé donc, voici dans le dernier état du droit l'énumération et le classement des *bonorum possessiones* : 1° *contra tabulas* ; 2° *secundum tabulas*; 3° *unde liberi*; 4° *unde legitimi*; 5° *unde cognati* ; 6° *unde vir et uxor*; 7° *uti ex legibus*.

2° Justinien paraît admettre d'une manière générale la dévolution

de degré à degré (Inst., § 9, *De bon. poss.*), et certainement il l'introduisit dans l'ordre des agnats (n° 425). Mais, à défaut de textes précis, c'est une question litigieuse entre les interprètes que de savoir si dans son code il étendit cette innovation à l'ordre des *liberi* (1). Plus sûrement, cette extension résulte de la novelle 118 rendue en l'an 543 (n° 470).

3° Dans mon opinion, la *bonorum possessio* n'a plus besoin d'être demandée au magistrat, elle s'acquiert par une simple manifestation de volonté. Si l'on m'objecte que le texte des Institutes (§ 10 *sup.*) qui formule cette doctrine la présente comme résultant de constitutions antérieures dans lesquelles elle ne se trouve pas, et qu'en conséquence il est dépourvu de toute autorité, je réponds que Justinien s'approprie par une approbation expresse (2) la décision qu'il a le tort d'attribuer à ses prédécesseurs. Donc, qu'on écarte l'autorité historique de ce texte, qu'on le condamne comme compte rendu du droit antérieur, j'y souscris (t. II, page 115, note 3); mais il n'en

(1) Pour l'affirmative on cite une constitution de l'empereur Constance que Justinien a empruntée au Code Théodosien, mais en en changeant à un tel point la teneur et le sens qu'il l'a vraiment rendue sienne (L. 5, C. Th., *De bon. mat.*, VIII, 18. — L. 3, C., *Unde lib.*, VI, 14). Voici d'abord l'analyse du texte original : un fils de famille succède à son aïeul maternel, et par conséquent acquiert la succession pour son père. Celui-ci mourant ensuite, le fils, qui à cette époque est émancipé, voudrait répudier l'hérédité paternelle et néanmoins en distraire à son profit les biens de l'aïeul. Le peut-il? Non, dit l'empereur; les deux masses de biens n'en font plus qu'une, et pour avoir ceux de l'aïeul, il doit accepter la succession du père et demander la *bonorum possessio*. Sous Justinien une telle question n'avait plus de sens; car désormais le fils de famille qui succède à son grand'père maternel a la propriété du tout tant qu'il reste en puissance, et la propriété des deux tiers s'il vient à être émancipé. Justinien, ne pouvant donc pas reproduire la décision de son prédécesseur, modifie l'espèce de la façon suivante : ce n'est pas un grand'père maternel qui est mort en premier lieu, mais un grand'père paternel, et il est mort intestat, de telle sorte que certainement sa succession s'est trouvée dévolue à son fils. Cela étant, la question est de savoir si le petit-fils peut laisser de côté l'hérédité de son père et néanmoins prendre celle de son grand'père. Justinien décide que non : le petit-fils ne peut succéder à son grand'père qu'à la condition de succéder à son père, et pour cela, puisqu'il est émancipé, il doit nécessairement prendre la qualité de *bonorum possessor*. Le texte ainsi entendu est tout à fait étranger à la difficulté qui nous occupe. Mais on en a donné une toute autre interprétation. On lui a fait signifier que le petit-fils peut, grâce à la *bonorum possessio*, succéder à son aïeul paternel sans succéder à son père. Mais comment cela? En supposant, a-t-on dit, que le père soit mort sans avoir demandé la *bonorum possessio* ni fait acte d'héritier relativement à la succession du grand'père, et alors le droit du petit-fils émancipé ne se'xpliquerait que par une dévolution. Cette interprétation n'est point inadmissible en elle-même; mais elle a le tort d'être subtile et d'ajouter au texte.

(2) Cette approbation résulte du mot *bene*.

vaut pas moins comme décision personnelle de Justinien. Qu'on y songe d'ailleurs, l'hérédité civile avait toujours pu s'acquérir sans demande ; n'était-il donc pas dans la marche logique des choses qu'on arrivât au même résultat pour les *bonorum possessiones*, et cela surtout à une époque où, selon le témoignage des Institutes (§ 3, *De test. ord.*, II, 10), les deux courants opposés de la législation tendaient à se confondre (1)?

4° La *bonorum possessio sine re* a disparu. J'en trouve deux preuves décisives : 1° c'est d'abord un texte où la *bonorum possessio* est définie *jus persequendi retinendique patrimonii* (L. 3 § 3, *De bon. poss.*, XXXVII, 1). Il est vrai que ce texte figure au Digeste sous le nom d'Ulpien; mais qui est-ce qui croira que ce jurisconsulte, qui caractérise si nettement la *bonorum possessio sine re* et qui constate que de son temps encore elle était la règle (XXVIII § 13), ait fait entrer dans sa définition le mot *retinendi?* A coup sûr, il y a là une interpolation par laquelle Justinien complète une définition devenue insuffisante ; 2° si du texte de Gaius (IV, § 144) relatif à l'interdit *quorum bonorum* on rapproche le texte correspondant des Institutes (§ 3, *De interd.*, IV, 15), on voit tout de suite que cet interdit, qui à l'époque classique pouvait être donné même contre l'héritier, ne compète plus sous Justinien que contre des tiers. Or qu'est-ce que cela signifie, sinon que le vieil antagonisme de la *bonorum possessio* et de l'hérédité a cessé, qu'au fond les deux choses n'en font désormais qu'une seule, et que le *bonorum possessor* ne risque jamais plus de se voir dépossédé par une personne munie d'un droit plus fort (2)?

5° Le *bonorum possessor* n'a plus besoin d'usucaper, mais il acquiert immédiatement la propriété quiritaire, la seule que le droit de Justinien reconnaisse (n° 229).

En résumé, les Institutes ne nous présentent plus deux systèmes de succession donnant dans une même espèce vocation à des personnes différentes et produisant des effets inégaux. Quant à la détermination des successibles, c'est le droit prétorien qui prévaut; quant aux effets attachés à cette qualité, c'est le droit civil. La légis-

(1) La *bonorum possessio* n'ayant plus besoin d'être demandée, il en résulte, comme corollaire évident, que le délai pour l'accepter ne se calculera plus comme autrefois : on comptera pour jours utiles tous ceux où l'ayant droit aura pu manifester sa volonté, sans plus s'inquiéter s'il lui était possible de s'adresser au magistrat (n° 459).

(2) Dans le même sens ont peut encore rapprocher Gaius (II, §§ 148 et 149) et les Institutes de Justinien (§ 6, *Quib. mod. test. inf.*, II, 17).

lation successorale revient donc à l'unité qui avait été son point de départ, et l'ancienne dualité ne subsiste plus guère que dans le langage, souvent plus vivace que les institutions (1).

APPENDICE A L'ÉTUDE DU DROIT SUCCESSORAL

SOMMAIRE : I. De la réorganisation des successions *ab* intestat par les novelles de Justinien. — II. Aperçu de la législation successorale du Bas-Empire à l'égard des enfants naturels et de la concubine du défunt. — III. Des successions en déshérence ou *bona vacantia*.

I. — DE LA RÉORGANISATION DES SUCCESSIONS *ab* INTESTAT PAR LES NOVELLES DE JUSTINIEN.

469. Tel qu'il résulte des Institutes et du code de Justinien, le système des successions *ab* intestat présentait encore beaucoup d'arbitraire, notamment : dans la ligne descendante, l'inégalité des petits-enfants *ex filio* et des petits-enfants *ex filia;* dans la ligne ascendante, l'exclusion de la mère par le père; et dans la ligne collatérale, la préférence absolue donnée aux agnats sur les cognats. En l'année 543, c'est-à-dire moins de dix ans après la promulgation des Institutes, la novelle 118 balaya ces derniers restes de la législation des Douze Tables et établit un système simple, logiquement coordonné, presque en tout conforme à l'ordre régulier de nos affections naturelles. Régler la délation des successions sans considérer autre chose que la qualité et le degré de la parenté, donc proscrire toute différence entre les deux sexes, entre la descendance par les mâles et

(1) Ce serait exagérer pourtant que de croire à une fusion tout à fait complète au fond. Ainsi, Justinien laisse subsister la distinction des *sui* et des *extranei*. Supposons donc une succession testamentaire ou *ab* intestat dévolue à un descendant. Si ce descendant meurt *post annum* (n° 349) sans s'être prononcé, son droit va-t-il passer à ses héritiers? Oui, s'il était *suus;* non, s'il était *extraneus*. De même, en ce qui concerne les délais dans lesquels le *bonorum possessor* et l'héritier doivent prendre parti à peine de déchéance, Justinien conserve les différences établies par l'ancien droit. A l'égard du *bonorum possessor*, le délai court de plein droit, il est de cent jours ou d'un an et ne comprend que des jours utiles; pour l'héritier, au contraire, il ne court qu'en vertu d'une décision du magistrat, il est de neuf mois au moins et est continu (n°s 350 et 459). Soit, en conséquence, une succession déférée à un cognat ou au conjoint : une fois écoulés cent jours à compter de celui où le successible a connu sa vocation, le voilà définitivement exclu s'il n'a pas accepté, car il n'est appelé que par l'édit. Dans la même hypothèse, un agnat ne pourrait plus sans doute accepter la *bonorum possessio*, ni par conséquent user de l'interdit *quorum bonorum;* mais à coup sûr, il serait encore admis à user de son titre d'héritier et à faire adition.

la descendance par les femmes, entre l'agnation et la cognation (1), telle est l'idée fondamentale qui présida à la conception de cette novelle, œuvre vraiment remarquable au fond, presque simple dans la forme, et que je ne craindrai pas d'appeler le chef-d'œuvre de Justinien (Nov. 118, præf. et cap. 4). En voici l'analyse :

Dès le début, l'empereur distingue trois classes de successibles : les descendants, les ascendants et les collatéraux. Mais on verra tout à l'heure que cette dernière classe en comprend véritablement deux.

— Des *descendants* (*cap.* 1). — Il faut poser ici cinq règles :

1° Un seul descendant suffit pour exclure tous autres parents.

2° La vocation des descendants est indépendante de la qualité du défunt. Donc peu importe son sexe; peu importe qu'il fût *sui juris* ou *in potestate*. Seulement, dans cette dernière hypothèse, l'ascendant jadis investi de la puissance conserve son droit d'usufruit sur les biens adventices du défunt; il n'y a donc alors que les biens composant les pécules *castrense* et *quasi castrense* dont la pleine propriété puisse être acquise au successible.

3° La qualité du descendant est également indifférente (*cujuslibet naturæ*) (2). Mais s'il est *alieni juris*, il ne recueille que la nue propriété, l'ascendant qui a la puissance acquérant nécessairement l'usufruit dans tous les cas où il ne l'avait pas déjà du vivant du défunt.

4° Dans une même souche, le plus proche exclut le plus éloigné: mais entre descendants qui appartiennent à des souches différentes, la proximité du degré n'est pas une cause de préférence, et c'est tout ce que veut exprimer Justinien en disant d'une manière un peu trop absolue que les descendants arrivent, quel que soit leur degré (*cujuslibet gradus*).

(1) La rubrique de la novelle exprime formellement l'intention de supprimer les priviléges attachés à l'agnation (n° 95).

(2) Il résulte de là que l'enfant qui est entré dans une nouvelle famille par l'effet d'une adrogation ou d'une *adoptio plena* succède néanmoins à son père naturel. On objecte, il est vrai, que l'adoptant ne pouvant ni l'exhéréder sans cause ni l'omettre, cet enfant va se trouver mieux traité que s'il eût été donné en adoption à un *extraneus* qui certainement serait resté libre de le dépouiller. Mais cette observation est tout à fait inexacte. En effet, quand l'adopté ne change pas de famille, il peut être dépouillé par le père adoptif, non par le père naturel; quand, au contraire, il change de famille, c'est le père naturel qui peut le dépouiller, non le père adoptif. La situation est donc toujours égale. Au surplus, il paraît probable que l'enfant adrogé ou *plene adoptatus* conserve tous ses droits de succession par rapport aux autres parents naturels, et que réciproquement ceux-ci restent habiles à lui succéder en concours avec les parents adoptifs de même qualité ou de même degré.

5° Toutes les fois qu'il y a concours soit entre un enfant au premier degré et les descendants d'un enfant prédécédé, soit entre les descendants de plusieurs enfants prédécédés, le partage se fait, comme autrefois, par souches (1). D'où il suit avec évidence que, l'un d'eux venant à répudier, sa part accroît exclusivement aux cohéritiers de sa souche, et non aux autres.

— *Des ascendants* (*cap.* 2). — Voici d'abord trois règles absolues :

1° A défaut de descendants, la succession est toujours déférée aux ascendants.

2° Parmi eux, les plus proches excluent toujours les plus éloignés.

3° Quels qu'ils soient, ils subissent le concours des frères et sœurs germains, mais ils écartent tous les autres collatéraux.

Restent deux questions : 1° comment la succession se partage-t-elle entre les ascendants? 3° celui d'entre eux qui, comme père de famille, aurait eu l'usufruit des biens adventices du défunt, le conserve-t-il sur la part de ses cohéritiers? Pour répondre à ces questions, il faut distinguer si les ascendants arrivent seuls ou s'ils sont en concours avec des frères ou sœurs :

1° *Les ascendants arrivent seuls.* — Ici, ou ils appartiennent à la même ligne, et alors ils partagent par têtes. Ou ils n'appartiennent

(1) Justinien exprime bien formellement que les petits-enfants prennent la place de leur père, et qu'ils montent dans son degré (εἰς τὸν τοῦ ἰδίου γονέως τόπον ὑπεισιέναι), en d'autres termes, qu'ils le représentent. Sur cette représentation deux questions peuvent s'élever : 1° doit-elle être admise au profit des enfants d'un incapable? Ainsi, le défunt laissant deux fils, s'il y en a un qui soit aujourd'hui esclave ou pérégrin, ses enfants viennent-ils prendre sa part? Et, si tous les deux sont esclaves ou pérégrins, leurs descendants, qui succèdent sans aucun doute, partagent-ils par souches? J'admettrais volontiers l'affirmative comme conforme au droit ancien. Si en effet Justinien ne s'explique sur la représentation qu'à l'égard des enfants prédécédés, ce n'est pas qu'il entende innover, c'est que telle est l'hypothèse la plus pratique; 2° la représentation doit-elle être admise, lorsque le défunt ne laisse que des petits-enfants tous issus d'un même enfant prédécédé? Pour donner un intérêt à la question, il faut supposer qu'il avait épousé une femme sans dot et qu'elle lui survit. Dans cette hypothèse, nous verrons bientôt que la novelle 117 (cap. 5) assure à la veuve une part qui peut être d'un quart de la succession, s'il n'y a pas plus de trois enfants, et d'une part virile dans le cas contraire. La veuve se trouvant donc placée en présence de quatre petits-enfants qui forment une seule souche, qu'aura-t-elle? un quart ou un cinquième? La première opinion me paraît préférable, d'abord parce qu'il serait peu raisonnable que le prédécès d'un enfant du défunt nuisît à la veuve, ensuite parce que Justinien attribue d'une manière générale à chaque souche de petits-enfants la part qu'aurait eue leur auteur prédécédé.

pas à la même ligne, et alors, sans distinguer s'ils sont ou non en même nombre dans chacune, la succession se divise d'abord en deux moitiés, dont l'une pour la ligne paternelle et l'autre pour la ligne maternelle (1); puis, dans chaque ligne, le partage se fait par têtes. Quant à l'usufruit que l'un d'eux pouvait avoir sur tout ou partie des biens du défunt, il le conserve.

2° *Les ascendants concourent avec des frères ou sœurs germains.* — Dans cette hypothèse, l'égalité la plus absolue règne entre tous les copartageants. Chaque ascendant, comme chaque frère ou sœur, prend donc une part virile (2), et l'usufruit qui dérivait de la puissance paternelle s'éteint.

D'après la novelle 118, les enfants des frères et sœurs germains prédécédés ne concouraient pas avec les ascendants, et cela pouvait paraître d'autant plus bizarre que dans l'ordre des collatéraux, Justinien, comme on va le voir bientôt, leur accordait sans hésiter la situation privilégiée qui eût appartenu à leur auteur vivant. Ce défaut de logique ne tarda pas à être corrigé au moins partiellement; et en l'an 547 la novelle 127 (cap. 1) décida que les droits des frères et sœurs germains prédécédés seraient exercés par leurs enfants. Mais, ce qu'il faut bien remarquer, cette faveur est limitée, ici comme dans la ligne collatérale, aux descendants du premier degré; et, ce qui est moins intelligible, elle cesse absolument par le prédécès de tous les frères et sœurs germains. La pensée qui inspira la novelle 127 fut donc bien moins d'égaler les neveux et nièces aux ascendants que de prévenir l'inégalité entre eux et leurs oncles ou tantes.

— *Des collatéraux* (*cap.* 3). — Justinien distingue deux classes de collatéraux, qu'on peut appeler les uns privilégiés, les autres ordinaires.

Les collatéraux privilégiés sont les frères et sœurs germains et leurs descendants au premier degré. A leur égard, Justinien pose

(1) On trouve là l'idée de notre *fente*, mais entendue sans largeur, puisque Justinien ne l'étend pas à la ligne collatérale et ne l'applique entre les ascendants eux-mêmes qu'autant qu'ils se trouvent au même degré et arrivent seuls à l'hérédité.

(2) Ceci conduit à un résultat bizarre. Soit, par exemple, un frère, un ascendant paternel et trois ascendants maternels. L'ascendant paternel, qui prendrait une moitié si le frère n'existait pas, va se trouver réduit à un cinquième, et les trois ascendants maternels auront entre eux tous trois cinquièmes, c'est-à-dire plus d'une moitié. La présence du frère, outre qu'elle ne nuit qu'à un seul des ascendants, se résout donc en un bénéfice pour les autres.

deux règles tout à fait inconnues de l'ancien droit : 1° ils priment tous autres collatéraux même aussi proches ou plus proches qu'eux. Ainsi, le frère simplement consanguin ou utérin est exclu tant par le frère germain, qui n'est pas plus proche que lui, que par les enfants du frère germain, qui sont moins proches ; 2° les frères et sœurs germains survivants concourent avec les enfants des frères et sœurs germains prédécédés, et le partage se fait alors par souches, les enfants du prédécédé venant par représentation et prenant entre eux tous la part qui eût appartenu à leur auteur (1).

Quant aux collatéraux ordinaires, et dans cette catégorie je comprends les petits-enfants et les descendants ultérieurs des frères et sœurs germains, les frères et sœurs consanguins (2) ou utérins et leurs descendants quelconques, Justinien conserve deux règles que l'ancien droit appliquait tant entre agnats qu'entre cognats : 1° le plus proche exclut les plus éloignés et ceux du même degré concourent entre eux. Ainsi les oncles ou tantes du défunt seraient primés par ses frères consanguins ou utérins, mais ils concourraient avec les enfants de ce dernier, et ils excluraient les petits-enfants d'un frère quelconque; 2° le partage se fait toujours par têtes (3).

470 *a*. Quelques observations essentielles compléteront cet exposé du système de la novelle 118 :

1° Quoique Justinien ne s'explique pas formellement sur l'admission de la dévolution de degré à degré dans un même ordre de successibles, il me paraît bien difficile de la rejeter. Et d'abord, elle était devenue le droit commun dans la ligne collatérale de-

(1) En supposant que les frères et sœurs germains soient tous prédécédés et que plusieurs d'entre eux aient laissé des enfants, y a-t-il encore lieu à réprésentation, et le partage se fait-il par souches ? La novelle est muette sur ce point, mais l'affirmative paraît bien conforme à son esprit. Au surplus, on peut ici, comme dans l'ordre des descendants, se demander si les enfants d'un incapable le représentent (t. II, page 141, note 1).

(2) Je rappelle que dans la langue classique on appelait consanguins les frères et sœurs qui faisaient partie de la même famille civile (n° 423). Ici ce mot désigne simplement ceux qui sont nés du même père.

(3) La novelle 118 ne s'explique pas sur une question assez importante : le droit de succession sera-t-il admis à l'infini dans la ligne collatérale, comme il l'était autrefois pour les agnats, ou s'arrêtera-t-il à la limite établie par le préteur dans l'ordre des cognats ? Cette seconde opinion, bien plus rationnelle, paraît aussi plus conforme à la pensée générale de la novelle qui est de supprimer tous les priviléges jadis attachés à l'agnation.

puis que Justinien l'avait admise même entre agnats. Que si l'on envisage l'ordre des descendants et celui des ascendants, là elle résulte de l'enchaînement général du nouveau système. En effet, Justinien n'appelle les ascendants qu'en l'absence complète de descendants, et les collatéraux qu'à défaut de tout ascendant? Qu'est-ce à dire, sinon que la succession répudiée par le descendant ou l'ascendant auquel elle était offerte en première ligne sera par cela même immédiatement déférée aux héritiers subséquents du même ordre (1)?

2° Par une odieuse exception, la novelle 118 (*cap.* 6) refuse le droit de succession aux hérétiques, déclarant à leur égard maintenir le droit antérieur. Or ce droit nous le trouvons dans la novelle 115 (*cap.* 3, § 14) où il est dit que si parmi les parents appelés en première ligne, il y a à la fois des catholiques et des hérétiques, les catholiques recueillent seuls; que, si tous sont hérétiques, la succession passe aux héritiers subséquents; enfin que, dans l'hypothèse où ceux-ci seraient eux-mêmes hérétiques, le seraient tous, c'est l'église du domicile du défunt qui recueille, s'il était ecclésiastique, et le fisc, s'il était laïque; disposition qui prouve que l'orthodoxe empereur n'est pas mû, quoi qu'il en dise, par la seule considération du salut des âmes (2).

3° Justinien, ne réglant que la succession des parents, laisse évidemment subsister la *bonorum possessio unde vir et uxor*. Sous cette

(1) Toutefois la dévolution ne saurait être admise qu'autant qu'elle ne rencontre aucun obstacle dans les règles du droit d'accroissement. Et, par exemple, étant donné deux enfants ou deux frères germains du défunt, si l'un répudie, ce n'est pas à ses enfants, mais à son cohéritier que son droit passera. Pour justifier la solution contraire proposée par quelques interprètes, il faudrait trouver dans les textes qui appartiennent à Justinien une abrogation explicite ou implicite de la théorie si rationnelle de l'accroissement. Je ne m'arrêterai pas à réfuter l'argument qu'on a voulu tirer d'un passage d'Ulpien (L. 2 § 18, *Ad. sct. Tertull.*, XXXVIII, 17). Je ferai seulement remarquer que, quand même ce texte ne serait pas, comme il l'est en réalité, absolument étranger à la question, il y aurait quelque ridicule à interpréter la novelle 118 par un texte antérieur de plus de trois siècles et où le jurisconsulte admet que la sœur consanguine du défunt exclut son père émancipé, décision bien contraire assurément au texte comme à l'esprit de la novelle.

(2) Justinien adoucit à l'égard des enfants du défunt les rigueurs de ces dispositions. Il les autorise, s'ils reviennent plus tard à la vraie religion, à reprendre le patrimoine de leur père, mais dans l'état où il se trouvera, par conséquent sans pouvoir ni exiger aucune restitution de fruits ni critiquer les aliénations faites dans l'intervalle.

réserve, la novelle 118 dut avoir pour conséquence de faire diparaître en ce qui concerne les successions *ab* intestat, toutes les différences que la législation du Code et des Institutes avait pu laisser subsister entre la théorie de l'hérédité civile et celle de la *bonorum possessio* (1).

4° Ainsi que je l'ai déjà expliqué (n° 131), ce remaniement dans le système des successions légitimes entraîna la suppression de la tutelle légitime des agnats, désormais remplacée par celle des ascendants ou des collatéraux quelconques (*cap.* 5).

5° La novelle 118 ne s'appliquant pas aux successions testamentaires, la théorie de l'exhérédation, celle de la *bonorum possessio contra tabulas* et celle du testament inofficieux demeurent entières (2). Par la même raison, la distinction des *sui* et des *extranei* conserve toute sa force quand il s'agit d'héritiers institués. Ce n'est donc pas d'une manière absolue que la novelle efface la distinction des descendants *per masculos* et des descendants *per feminas*, des descendants *in potestate* et des descendants *sui juris*.

6° Le conjoint survivant n'est pas mentionné dans la novelle 118. Sans doute la *bonorum possessio unde vir et uxor* lui permet d'arriver à défaut de parents. Mais Justinien, avec beaucoup de raison, ne jugea pas cette législation suffisante, et dès l'an 537 il décida que la veuve qui n'aurait ni dot ni autres biens, enlèverait aux enfants, et à plus forte raison aux autres parents, un quart des biens du défunt, à la charge d'imputer sur ce quart tous les legs qu'elle aurait reçus. Le même droit fut accordé au mari qui n'aurait pas de biens (Nov. 53, cap. 6). Ce quart a été appelé par les commentateurs la quarte du conjoint pauvre. Cinq ans plus tard, une autre novelle (Nov. 117, cap. 5) restreignit les droits de la veuve pour le cas où elle se trouverait en concours avec plus de trois enfants : elle n'eut plus alors qu'une part virile, soit en pleine propriété, si l'un au moins de ces enfants était né d'elle, soit en usufruit seulement si elle n'était la mère d'aucun. Cette même novelle nous apprend au surplus que le droit de la femme survivante ne pouvait jamais dépasser cent livres d'or.

(1) Ceci posé, il faut nécessairement ou reconnaître à tous les descendants la qualité de *sui*, ou la refuser à tous. Et j'incline d'autant plus volontiers à cette seconde opinion qu'elle est exempte d'inconvénients en présence de la dérogation apportée par Justinien lui-même à la règle *Hereditas non adita non transmittitur* (n° 349).

(2) Je n'ai pas besoin d'ajouter que nul ne peut désormais se plaindre d'avoir été omis ou exhérédé, s'il n'est appelé à la succession légitime aux termes de la novelle 118.

II. — APERÇU DE LA LÉGISLATION SUCCESSORALE DU BAS-EMPIRE A L'ÉGARD DES ENFANTS NATURELS ET DE LA CONCUBINE DU DÉFUNT.

471 *a*. Les résultats du droit classique dans son dernier état peuvent se résumer ainsi : 1° en ce qui concerne les libéralités testamentaires, le père et la mère naturels jouissent, soit entre eux, soit à l'égard de leurs enfants, de la même liberté qu'à l'égard d'un étranger quelconque; 2° depuis le sénatus-consulte Orphitien, l'enfant naturel issu *ex concubinatu* ou *vulgo quæsitus* vient en première ligne à la succession légitime de sa mère (n° 436); 3° quant à la succession du père mort intestat, l'enfant *ex concubinatu*, le seul enfant naturel qui ait un père légal, ne la recueille qu'à titre de cognat, et encore est-ce là un point contesté (n° 456); 4° enfin, entre le père et la mère naturels il n'y a jamais de droit de succession *ab* intestat.

A ces principes la législation chrétienne du Bas-Empire apporta deux graves modifications : 1° les enfants naturels n'eurent plus en aucun cas le droit de recueillir les biens de leur père mort intestat (1). Le fisc lui-même les excluait pour le tout, et telle est la règle que Justinien trouva en vigueur (Nov. 89, cap. 12 § 4); 2° le père ne put plus disposer ni entre-vifs ni par acte de dernière volonté, soit en faveur des enfants naturels, soit en faveur de leur mère (2). Mais cette seconde règle ne subsista entière que jusqu'au règne des empereurs Valens, Valentinien et Gratien, qui firent la distinction suivante. Le défunt laissait-il soit une postérité légitime composée d'enfants au premier degré ou de petits-enfants *ex filio*, soit son père ou sa mère : la quotité dont il avait pu disposer, tant au profit de ses enfants naturels que de sa concubine venant en concours avec eux, était d'un douzième de ses biens; mais elle se restreignait à un vingt-quatrième lorsque la concubine était seule. Que si le défunt n'avait ni descendants légitimes, ni père ni mère, les dispositions faites tant au profit des enfants naturels que de leur mère étaient maintenues jusqu'à concurrence du quart des

(1) Par réciprocité le père dut perdre aussi le droit de succéder à ses enfants naturels, et à plus forte raison il ne put plus être question d'un tel droit entre eux et les cognats de leur père.

(2) Cette seconde règle n'appartient certainement pas à l'époque classique. N'est-ce pas une raison pour croire qu'il en est de même de la première, et que l'une et l'autre furent inspirées par le christianisme? Tout naturellement, la défaveur qui frappait le concubinat devait frapper aussi les enfants qui en étaient issus.

biens (Nov. 89, cap. 12, pr., — LL. 4 et 6 Th., *De nat. fil.*, IV, 6) (1).

La législation de Justinien se montra moins défavorable aux enfants naturels et à leur mère. Elle leur accorda dans certains cas un droit limité de succession *ab* intestat, et pour tous les cas elle élargit leur capacité de recevoir à titre gratuit. Pour préciser davantage, il faut distinguer deux hypothèses :

1° Le père décède intestat sans avoir fait ni libéralités entre-vifs ni dispositions de dernière volonté. — S'il laisse ou des descendants légitimes ou une femme légitime, ses enfants naturels n'ont droit qu'à des aliments. Ce cas excepté, quels que soient les parents appelés à la succession, et quand même il n'y en aurait aucun, deux douzièmes sont attribués aux enfants naturels qui toutefois, si leur mère existe, doivent lui abandonner une part virile (Nov. 89, cap. 12, §§ 4 et 6) (2).

2° Le père a fait des dispositions testamentaires ou entre-vifs. — De deux choses l'une : ou il laisse des descendants légitimes ou il n'en laisse pas. Dans le premier cas, les libéralités adressées à ses enfants naturels et à sa concubine ne peuvent excéder un douzième en tout; si la concubine est seule, elles sont réduites à un vingt-quatrième. Dans le second cas, ces personnes recueillent avec même liberté qu'un étranger (3); les libéralités par elles reçues ne sont donc sujettes à réduction qu'en faveur des ascendants légitimaires (Nov. 89, cap. 12, §§ 2 et 3) (4).

Ces dispositions ne s'appliquent pas aux enfants adultérins ou incestueux. Une constitution des empereurs Arcadius et Honorius

(1) Du reste rien ne paraît avoir été changé en ce qui concerne les droits réciproques des enfants naturels et de la mère.

(2) En l'absence d'enfants naturels Justinien n'accorde rien à la concubine du défunt.

(3) Dans une précédente novelle sur laquelle je crois inutile d'insister, Justinien s'était montré moins large : les enfants naturels ne pouvaient jamais, à défaut de descendants légitimes, recevoir au delà d'une moitié (Nov. 15, cap. 5).

(4) La novelle 89 que je viens d'analyser ne règle pas les droits de l'enfant naturel par rapport à son grand-père. Mais elle vise et confirme (cap. 12 § 6) une constitution de Justinien (L. 12, C., *De natur. lib.*, V, 5) qui donnait les décisions suivantes : le petit-enfant naturel, soit que son père fût lui-même naturel ou légitime, ne succède jamais à son grand-père mort intestat. Mais par dispositions testamentaires ou entre-vifs, il peut recevoir autant qu'un enfant naturel au premier degré, si le défunt laisse des descendants légitimes, sinon, autant qu'un étranger. En tenant compte de la novelle 89 qui, en l'absence de descendants légitimes, reconnaît à l'enfant naturel la même capacité qu'à un étranger, on arrive à dire que l'enfant naturel et le petit-enfant naturel sont assimilés en ce qui concerne l'aptitude à recueillir par donation ou testament.

(L. 6, C., *De inc. et inut. nupt.*, V, 5) les avait déclarés incapables de rien recueillir ni de leur père ni de leur mère, soit par testament, soit par donation entre-vifs, et il n'est pas douteux que Justinien ait maintenu cette incapacité.

III. — DES SUCCESSIONS EN DESHÉRENCE OU *bona vacantia*.

472 *a*. On appelle *bona vacantia* (1) les biens compris dans une succession à laquelle personne n'est appelé, ni selon le droit civil, ni selon le droit prétorien, ou qui a été successivement répudiée par tous les appelés. Primitivement, ces biens demeuraient *res nullius* jusqu'à ce que l'usucapion *pro herede* les eût fait entrer dans le patrimoine d'un ou de plusieurs particuliers. Plus tard, le préteur permit aux créanciers de les vendre (Gaius, III, § 78); mais ils ne durent guère user de cette faculté lorsque la succession était riche et que personne encore n'était entré en possession : en pareil cas, il leur était plus avantageux de s'emparer des biens et de les usucaper que de procéder à une vente qui pouvait bien les désintéresser, mais non pas les enrichir. A plus forte raison, l'usucapion *pro herede* conserva-t-elle toute son application dans les cas bien rares où le défunt ne laissait absolument aucune dette. Enfin, sous le règne d'Auguste, soit pour empêcher, autant qu'il était possible, cette usucapion dès longtemps réprouvée par les honnêtes gens (2), soit par un sentiment bien entendu de l'intérêt public, la loi *Julia caducaria* déféra les biens vacants au peuple (Ulp., XXVIII § 7. — Gaius, II § 150), système si rationnel, et j'ajouterai si conforme à l'idée romaine qui faisait de la propriété individuelle une émanation du droit supérieur de l'État, qu'on s'étonne de ne pas le rencontrer dès le début (3). Cette loi était encore en pleine vigueur au temps de

(1) Cette expression se rencontre dans beaucoup de textes. On la trouve notamment aux Institutes de Justinien (§ 9, *De usuc.*, II, 6) et au Code (*De bon. vacant.*, X, 10).

(2) Je trouve dans Cicéron (*De orat.*, II, 70) la preuve de cette réprobation : l'avocat Scaurus, qui avait usucapé *pro herede* les biens d'un personnage riche, assistait un jour un accusé; un enterrement vint à passer, et aussitôt l'accusateur de lui crier : « Scaurus, voilà un mort qu'on emporte, vois donc si tu ne pourrais pas prendre possession de ses biens. »

(3) Déjà sous la république, les Vestales étant incapables d'avoir un héritier *ab intestat*, c'est le peuple qui recueillait leurs biens, quand elles mouraient sans testament (Aul. Gell., I, 12 § 18. — Tom. I, p. 432, note 2). La loi Julia *caducaria* ne fit que généraliser cette disposition.

Justinien, si ce n'est qu'ici, comme partout, l'empereur avait pris la place du peuple, et qu'en conséquence, dans tous les textes classiques qui se réfèrent aux successions vacantes, les compilateurs du Digeste ont substitué la mention du fisc à celle de l'*ærarium* (1).

Le droit du fisc s'ouvre au moment où l'on a la certitude acquise que la succession ne sera recueillie par aucun héritier ou *bonorum possessor* (L. 4, C., *De bon. vac.*, X, 10). Dès lors commence à courir un délai de quatre années continues, pendant lequel la vacance des biens peut être dénoncée par toute personne aux agents du trésor (L. 10 § 1, *De div. temp. præscr.*, XLIV, 3. — L. 1 § 2, *De jur. fisc.*, XLIX, 14). Deux hypothèses doivent donc être prévues : ou les quatre ans s'écoulent sans dénonciation, et alors le fisc ne peut plus élever aucune prétention contre ceux qui possèdent les biens ou exercent les droits du défunt à un titre quelconque (L. 1, C., *De quadr. præscr.*, VII, 37); ou, au contraire, une dénonciation se produit dans ce délai, et on se demande quel en est l'effet. Un texte (L. 1 § 1, *De jur. fisc.*) paraît bien décider qu'en principe le fisc devient de plein droit propriétaire. Mais il faut s'entendre sur le sens de cette proposition : elle est exacte, si elle signifie seulement que le fisc qui accepte sa vocation peut revendiquer (L. 50 pr., *De manum. test.*, XL, 4), et que, même avant son acceptation, nul ne peut, dans le délai de quatre ans, acquérir un droit contre lui, que par exemple l'usucapion des biens héréditaires et l'*addictio libertatum conservandarum causa* sont impossibles dans ce délai (Inst., § 9, *De usuc.*, II, 6. — L. 4 § 20, *De fid. lib.*, XL, 5). Mais ce serait une erreur de croire que le fisc succède malgré lui. Non-seulement, en effet, il peut répudier son droit, mais il en est déchu par cela seul que dans les quatre ans ses agents n'ont ni pris possession ni poursuivi les possesseurs (L. 10 pr., *De div. temp. præscr.*). Sa situation ressemble donc beaucoup moins à celle d'un héritier nécessaire qu'à celle des *patres* auxquels un *caducum* est déféré.

L'acceptation du fisc ne fait de lui ni un héritier ni un *bonorum*

(1) Cette substitution est rationnelle toutes les fois, et c'est l'ordinaire, qu'elle exprime simplement l'état de la législation sous Justinien. Mais elle altère la vérité historique lorsqu'elle fait remonter le droit du fisc jusqu'à la loi Julia (L. 96 § 1, *De leg.* 1°, XXX). A quelle époque précise le fisc remplaça-t-il ici l'*ærarium*? On l'ignore. En se fondant sur un rescrit de Marc-Aurèle inséré aux Institutes (§ 1, *De eo cui lib. caus.*, III, 11), on pourrait croire que cette substitution était déjà accomplie au temps de ce prince. Mais rien ne prouve que là, comme en tant d'autres textes, le mot *fiscus* n'appartienne pas à Justinien.

possessor ; il succède aux biens, non à la personne, et, à vrai dire, il n'est appelé qu'à recueillir l'excédant de l'actif sur le passif (L. 11, *De jur. fisc.*). D'où la conséquence que, lorsque la succession est insolvable, il ne peut pas, à moins de s'engager à payer toutes les dettes, l'acquérir sans le consentement des créanciers, ceux-ci ayant le droit de mettre les biens en vente afin d'en tirer le meilleur parti possible et d'éviter ainsi toute contestation sur la valeur réelle de l'actif (L. 1 § 1, *De jur. fisc.*). Au surplus, dans l'hypothèse d'un testament laissé par le défunt, tous les legs, fidéicommis et affranchissements valablement faits conservent leur force (L. 96 § 1, *De leg.* 1°, XXX. — L. 4 § 17, *De fid. lib.*, XL, 5). Ce n'est là que l'application d'une règle plus générale qui gouverne toute acquisition d'une hérédité par le fisc (L. 14, *De jur. fisc.*) (1).

DES MODES DE TRANSMISSION DU PATRIMOINE AUTRES QUE L'HÉRÉDITÉ, LE FIDÉICOMMIS D'HÉRÉDITÉ ET LA *bonorum possessio*.

SOMMAIRE : I. De l'*in jure cessio*. — II. De la *bonorum addictio libertatum conservandarum causa*. — III. De l'adrogation. — IV. De la *manus*. — V. De la *dominica potestas*. — VI. De la *bonorum sectio*. — VII. De la *bonorum venditio*. — VIII. De la confiscation.

I. — DE L'*in jure cessio*.

473 *a*. Chemin faisant, j'ai signalé deux fois (n°s 320 et 425) ce mode d'acquérir *per universitatem* qui ne nous est révélé que par les commentaires de Gaius (II, §§ 34 à 37 ; III, §§ 85 à 87) et les *Regulæ* d'Ulpien (XIX, §§ 11 à 15). Mais il convient de l'étudier ici d'une manière spéciale. Et d'abord, il ne paraît pas qu'à aucune époque l'*in jure cessio* se soit prêtée à la translation en bloc du patrimoine d'un vivant. En dehors donc de sa fonction comme mode translatif de propriété à titre particulier, elle ne s'applique qu'à des hérédités. Mais, d'autre part, comme l'hérédité perd son existence distincte du moment même où elle est acquise, et que la qualité

(1) J'ajoute que si l'admission du fisc aux successions en déshérence constitue la règle générale, cette règle, surtout dans la législation du Bas-Empire, est bien loin d'être absolue. Il arrive souvent, en effet, qu'on préfère au fisc une autre personne morale qu'on suppose avoir été plus chère au défunt. C'est ainsi, pour me borner à deux exemples, qu'à défaut d'héritiers les biens d'un décurion passent à la curie dont il était membre (L. 4, C., *De hered. decur.*, VI, 62), et ceux des ecclésiastiques, des moines et des religieuses, à leur église ou à leur monastère (L. 20, C., *De episc.*, I, 3).

d'héritier, une fois imprimée à l'homme, ne s'efface plus, il est de toute évidence que l'*in jure cessio* ne peut réussir à transférer l'hérédité qu'autant qu'elle est l'œuvre d'un héritier externe qui n'a pas encore fait adition. Est-ce à dire que même dans ces conditions elle atteigne toujours ce résultat, et qu'à l'inverse elle demeure sans aucun effet par cela seul qu'elle émane d'un héritier déjà investi? Pour répondre à ces deux questions, il faut distinguer quatre hypothèses :

1° *Le cédant est un héritier légitime externe qui n'a pas encore fait adition.* — Ici le cessionnaire acquiert plus que n'avait le cédant; il acquiert non pas seulement une vocation héréditaire, mais l'hérédité elle-même, je veux dire que les droits de propriété et les créances, les dettes et les *sacra* du défunt se fixent immédiatement en sa personne, comme s'il faisait adition en vertu d'une vocation propre (Gaius, II, § 35. — Ulp., XIX § 14). D'autre part, et par voie de conséquence, le cédant devient aussi définitivement étranger à l'hérédité que s'il l'eût répudiée (1). Mais alors comment comprendre qu'il ne prenne pas la voie bien plus simple de la répudiation? Assurément son mobile ordinaire ne réside pas dans le seul désir d'échapper aux charges qu'impose la continuation de la personne; car, où l'hérédité n'offre pas d'avantages nets, comment trouver un cessionnaire? Il faut donc, pour comprendre le caractère pratique de cette *in jure cessio*, se placer tout particulièrement dans l'hypothèse d'une hérédité solvable, et alors voici en quoi elle paraît préférable à une répudiation : tandis que l'héritier qui répudie se dépouille purement et simplement, et cela au profit de personnes qu'il n'a pas choisies, celui qui fait l'*in jure cessio* peut ou y joindre la stipulation d'un prix (2) ou la faire à titre de libéralité : dans le premier cas, tout en s'affranchissant de l'embarras des charges, il se procure approximativement l'équivalent de l'actif net; dans le second cas, il prend pour cessionnaire une personne qu'il tient à gratifier, il a la satisfaction morale qui s'attache à une bonne action.

(1) De là cette phrase d'Ulpien, mal à propos insérée au Digeste : *Non vult heres esse, qui ad alium transferre voluit hereditatem* (L. 6, *De reg. jur.*, L, 17). On a cru, il est vrai, qu'Ulpien avait en vue l'héritier qui se fait payer sa renonciation par la personne appelée à son défaut (L. 24, *De acq. vel omitt. her.*, XXIX, 2). Mais le mot *transferre* serait inexact dans cette hypothèse.

(2) Telle est certainement l'hypothèse visée par Ulpien dans un texte dont Justinien a changé la signification en l'insérant au Digeste (L. 4 § 28, *De dol. mal. mal. exc.*, XLIV, 4).

La vérité est donc que, dans l'un et l'autre cas, il tire un parti utile de sa vocation, et cela explique suffisamment la faculté qu'on lui accorde. Ce qui s'explique moins, c'est qu'il puisse transférer des droits dont il n'est pas investi.

2° *Le cédant est un héritier testamentaire externe qui n'a pas encore fait adition.* — Ici la cession est absolument nulle (Gaius, II, § 36; III, § 76), et par conséquent, de même que le cessionnaire ne devient pas héritier, de même le cédant conserve le droit d'acquérir ou de répudier l'hérédité. Que si l'on demande pourquoi les Romains n'ont pas traité cette hypothèse comme la précédente, cela tient sans aucun doute à leur extrême respect pour les dernières volontés de l'homme. Que veut, en effet, le testateur qui m'institue? que je continue sa personne, si cela me convient, car il sait bien qu'il ne peut pas m'y contraindre, mais non pas que je la fasse continuer par un tiers de mon choix. Libre à moi, par conséquent, d'accepter ou de répudier l'institution, mais non de changer la destination de l'hérédité et de frustrer ceux que le testament ou la loi appellent à mon défaut (1).

3° *Le cédant est un héritier externe, testamentaire ou légitime, qui a fait adition.* — Dans cette hypothèse, la transmission de l'hérédité est manifestement rendue impossible par la confusion déjà accomplie des deux patrimoines et par la règle *semel heres, semper heres.* Il semble donc que la nullité de l'*in jure cessio* aurait dû être reconnue sans difficulté. Mais il n'en fut rien. Les jurisconsultes (Gaius, II, § 35; III, § 85. — Ulp., XIX §§ 14 et 15) s'accordent, au contraire, à décomposer l'acte, comme s'il y avait trois cessions distinctes s'appliquant l'une aux choses corporelles, une seconde aux créances, une troisième aux dettes : les choses corporelles deviennent la propriété du cession-

(1) Pour expliquer la différence établie par les Romains entre l'héritier testamentaire et l'héritier légitime, on a dit quelquefois que l'*in jure cessio* faite par ce dernier ne change pas véritablement la destination de l'hérédité, attendu que, s'il répudiait, nul ne serait appelé à sa place. En d'autres termes il n'y aurait ici aucune dévolution ni de degré à degré ni d'ordre à ordre. Cette explication ne peut être agréée par ceux qui croient comme moi qu'à l'origine la dévolution de degré à degré fut admise (n° 425). Mais même en acceptant sur ce dernier point la doctrine générale des interprètes, il resterait à prouver que la loi des douze tables rejetait la dévolution d'ordre à ordre, et en ce sens on n'a qu'un seul argument fondé sur une interprétation étroitement littérale de ce texte : *si agnatus nec escit, gentiles familiam habento.* Or cet argument est très-faible, le texte pouvant tout aussi bien s'appliquer au cas où les agnats répudient qu'au cas où il n'y a pas du tout d'agnats.

naire, car ainsi l'ont voulu les parties, et l'*in jure cessio* se prête à la réalisation de leur volonté; les créances s'éteignent, attendu que, si l'*in jure cessio* est impuissante à les déplacer, du moins manifeste-t-elle que le cédant n'avait pas l'intention de rester créancier; enfin, les dettes subsistent et continuent de grever l'héritier, car il ne dépend de lui ni de se libérer sans payer ni de se substituer un autre débiteur sans l'agrément du créancier. Les Romains aboutissent ainsi à un résultat plus bizarre que rationnel, parce qu'ils scindent un acte qui dans la véritable pensée des parties devait ou produire tous les effets poursuivis ou n'en produire aucun (1). Ce résultat s'accorde-t-il du moins avec les principes généraux de leur droit? Je ne le pense pas. D'une part, en effet, un propriétaire ne peut pas employer l'*in jure cessio* pour transférer en bloc tous ses droits de propriété, c'est ce qu'Ulpien (XIX § 15) reconnaît implicitement; et, d'autre part, il est certain que l'*in jure cessio* ne figure dans aucune énumération des modes d'extinction des obligations.

4° *Le cédant est un héritier sien et nécessaire ou simplement nécessaire.* — Ici les deux écoles étaient partagées (Gaius II, § 37; III, § 87) : les Proculiens, avec une parfaite logique, assimilaient cette hypothèse à la précédente. Les Sabiniens, au contraire, admettaient l'entière nullité de la cession. Ils évitaient ainsi des résultats déraisonnables, mais ils ne les évitaient qu'au prix d'une inconséquence; car, comme le fait remarquer Gaius, qui ne trouve aucun motif à l'appui de l'opinion de ses maîtres, qu'importe qu'un héritier soit saisi de plein droit ou par l'effet d'une adition volontaire?

Tel est le droit classique, dans lequel, en définitive, il n'y a qu'une seule hypothèse où l'*in jure cessio* nous apparaisse comme mode de translation *per universitatem*. Sous Justinien, cette solennité, on le sait déjà (n° 224), n'existe plus du tout; mais dans son application spéciale aux hérédités, deux causes avaient dû dès longtemps la faire disparaître de la pratique : ce fut d'adord la faculté, de bonne heure admise, de faire d'une hérédité acceptée l'objet d'un contrat de vente ou de toute autre convention à titre onéreux ou à titre gratuit; ce fut, en second lieu, l'abolition des *sacra privata*, grâce à laquelle de pareilles conventions, quoique n'enlevant pas à l'héritier son titre, ne le laissaient plus soumis à aucune charge sérieuse.

(1) On a déjà rencontré deux cas dans lesquels, en décomposant ainsi un acte qui forme un tout, certains jurisconsultes aboutissent à des solutions contraires à la volonté des parties (tom. I, page 514, note 1, et page 675, note 1).

II. — DE LA *bonorum addictio libertatum conservandarum causa.*

Lib. III, tit. XI, *De eo cui libertatis causa bona addicuntur*, pr. — Accessit novus casus successionis ex constitutione divi Marci : nam, si ii qui libertatem acceperunt a domino, in testamento ex quo non aditur hereditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa, audiuntur.

Un nouveau mode de succession a été ajouté aux précédents par une constitution de Marc-Aurèle : si, en effet, les esclaves à qui leur maître a donné la liberté dans un testament en vertu duquel personne ne fait adition d'hérédité, demandent que les biens leur soient attribués à l'effet de maintenir les affranchissements, on les écoute.

§ 1. — Et ita rescripto divi Marci ad Popilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent : « Si » Virginio Valenti, qui testamento » suo libertatem quibusdam adscrip- » sit, nemine successore ab intes- » tato existente, in ea causa bona » ejus esse cœperunt ut venire de- » beant, is cujus de ea re notio est » aditus rationem desiderii tui ha- » bebit, ut libertatum, tam earum » quæ directo, quam earum quæ » per speciem fideicommissi relictæ » sunt, tuendarum gratia, addican- » tur tibi bona, si idonee credito- » ribus caveris de solido quod cui- » que debetur solvendo. Et ii qui- » dem quibus directa libertas data » est, perinde liberi erunt, ac si he- » reditas adita esset : ii autem quos » heres manumittere rogatus est, a » te libertatem consequentur : ita » ut, si non alia conditione velis » bona tibi addici, quam ut [1] etiam » qui directo libertatem acceperunt » tui liberti fiant ; nam huic etiam » voluntati tuæ, si ii quorum de

Telle est la disposition du rescrit adressé par le divin Marc-Aurèle à Popilius Rufus. En voici les paroles : Si Virginius Valens, qui dans son testament a donné la liberté à quelques esclaves, n'a pas de successeur *ab* intestat, et qu'en conséquence ses biens doivent être vendus, adresse-toi au magistrat compétent, et il fera droit à ton désir d'obtenir l'attribution des biens pour conserver les affranchissements, soit directs, soit fidéicommissaires, cela pourvu que tu assures par de bonnes garanties le payement intégral de toutes les dettes. Les esclaves à qui la liberté directe a été donnée seront libres comme s'il y avait eu adition d'hérédité ; quant à ceux que l'héritier était prié d'affranchir, c'est toi qu les affranchiras. Toutefois, si tu ne veux te faire attribuer les biens qu'à la condition de devenir également le patron de ceux qui ont reçu la liberté directe, nous donnons notre assentiment à ce désir, pourvu qu'il obtienne également celui des inté-

1. Ces deux mots *quam ut* doivent être supprimés, si l'on veut rendre la phrase correcte et claire.

» statu agitur consentiant, auctori-
» tatem nostram accommodamus.
» Et ne hujus rescriptionis nostræ
» emolumentum alia ratione irri-
» tum fiat, si fiscus bona agnoscere
» voluerit, et ii qui rebus nostris
» attendunt scient commodo pecu-
» niario præferendam libertatis cau-
» sam, et ita bona cogenda, ut li-
» bertas iis salva sit, qui eam adi-
» pisci potuerunt si hereditas ex tes-
» tamento adita esset. »

§ 2. — Hoc rescripto subventum est et libertatibus, et defunctis, ne bona eorum a creditoribus possideantur et veneant. Certe si fuerint hac de causa bona addicta, cessat bonorum venditio : extitit enim defuncti defensor, et quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavet.

ressés. Et afin de couper court à un moyen qui rendrait le bénéfice de notre rescrit illusoire, si le fisc veut s'emparer des biens, nos agents sauront que la liberté doit être préférée à un intérêt pécuniaire, et qu'ils ne peuvent recueillir les biens qu'en conservant la liberté à tous ceux qui l'auraient obtenue si l'adition avait été faite en vertu du testament.

Ce rescrit, en même temps qu'il protége les affranchissements, vient au secours du défunt dont les biens auraient pu être possédés et vendus par les créanciers. Car, sans aucun doute, l'attribution ainsi faite empêche la vente des biens, le défunt ayant désormais un défenseur, et bien suffisant, puisqu'il garantit la totalité des dettes.

§ 2. — In primis hoc rescriptum totiens locum habet, quotiens testamento libertates datæ sunt. Quid ergo, si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hereditas? Favor constitutionis debebit locum habere. Certe, si testatus decedat, et codicillis dederit libertatem, competere eam nemini dubium est (Ulp., L. 2, *De fid. lib.*, XI, 5).

Ce rescrit s'applique avant tout dans le cas où il y a des affranchissements testamentaires. Mais que décider, si le maître mort intestat a donné des libertés par codicilles, et que nul ne fasse adition de l'hérédité légitime ? La disposition favorable de la constitution doit encore s'appliquer. Nul doute, au surplus, sur son application, quand le défunt laisse un testament et qu'il a donné la liberté par codicilles.

§ 4. — Tunc constitutioni locum esse verba ostendunt, quum nemo successor ab intestato existat : ergo, quamdiu incertum erit utrum existat an non, cessabit constitutio ; si certum esse cœperit neminem exstare, tunc erit constitutioni locus (Ulp., L. 4 pr., *De fid. lib.*, XL, 5).

La constitution ne s'applique, son texte le prouve, qu'autant qu'il n'y a pas de successeur *ab* intestat. Donc tant qu'on ignore s'il y en aura un ou non, l'on doit surseoir. Mais, une fois la certitude acquise qu'il n'y en aura pas, la constitution devient applicable.

§ 5. — Si is qui in integrum restitui potest, abstinuerit se ab hereditate, quamvis potest in integrum restitui, potest admitti constitutio et bonorum addictio fieri. Quid ergo, si post addictionem libertatum conservandarum causa factam, in integrum sit restitutus? Utique non erit dicendum revocari libertates, quæ semel competierunt (Ulp., L. 4 §§ 1 et 2, *De fid. lib.*, XL, 5.)

Si une personne qui a le droit de se faire restituer *in integrum* s'abstient de l'hérédité, la possibilité de l'*in integrum restitutio* ne fait pas obstacle à l'application de la constitution et à l'attribution des biens. Que décider donc, si, une fois cette attribution faite en vue de conserver les affranchissements, l'héritier obtient la restitution? Sans aucun doute, il faut dire que les libertés ne sont pas révoquées, car elles ont été acquises.

§ 6. — Hæc constitutio libertatum tuendarum causa introducta est; ergo, si libertates nullæ datæ sunt, cessat constitutio. Quid ergo, si vivus dederit libertates, vel mortis causa, et, ne de hoc quæratur utrum in fraudem creditorum an non factum sit, idcirco velint sibi addici bona, an audiendi sunt? Et magis est ut audiri debeant, etsi deficiant verba constitutionis.

Cette constitution tend à protéger les affranchissements; donc, s'il n'en a pas été fait, elle ne s'applique pas. Mais que décider, si le défunt a donné la liberté ou entre-vifs ou à cause de mort, et que, pour prévenir toute recherche sur la question de savoir s'il n'y a pas eu fraude à l'égard des créanciers, les affranchis demandent la restitution des biens? Faut-il les écouter? Et l'on décide plutôt en faveur de l'affirmative, quoique non appuyée par le texte de la constitution.

§ 7. — Sed quum multas divisiones ejusmodi constitutioni deesse perspeximus, lata est a nobis plenissima constitutio in quam multæ species collatæ sunt, quibus jus hujusmodi successionis plenissimum est effectum, quas ex ipsa lectione constitutionis potest quis cognoscere.

Mais cette constitution nous ayant paru présenter quelques lacunes, nous en avons nous-même rendu une très-complète, où par la réunion de plusieurs décisions nous avons donné à ce droit de succession toute l'étendue possible, ainsi qu'on peut s'en assurer par la lecture de la constitution elle-même.

474. Ce mode d'acquisition *per universitatem*, encore inconnu à l'époque où Gaius écrivait ses commentaires, fut créé par l'empereur Marc-Aurèle dans les circonstances suivantes (pr. et § 1 *sup.*) :

Un certain Virginius Valens était mort laissant un testament dans lequel il donnait la liberté à plusieurs esclaves. Sa succession avait

été répudiée tant par l'institué que par les héritiers *ab* intestat. La répudiation de l'un faisait évanouir les affranchissements : celle des autres ne laissait aux créanciers d'autre ressource que la vente des biens. Mais cette vente aboutirait-elle à les désintéresser pleinement? C'était douteux. Ce qui ne l'était pas, c'est que l'infamie allait atteindre la mémoire du défunt. C'est dans cette situation que Popilius Rufus, l'un des esclaves affranchis par testament (1), s'adresse à l'empereur, demandant que la succession ainsi délaissée lui soit attribuée sous la condition du maintien de tous les affranchissements. Marc-Aurèle, favorable à la liberté, accueille cette requête, et charge le magistrat d'y faire droit, mais en exigeant que Popilius Rufus assure par de bonnes garanties le payement intégral des dettes. Dès lors ce fut une règle qu'en toute hypothèse semblable, et sous la même condition, le magistrat devrait attribuer les biens du défunt à celui des esclaves affranchis par testament qui en ferait la demande. Cette attribution, quoique conçue dans la vue spéciale de protéger les affranchissements, et c'est de là qu'elle tire son nom (*addictio bonorum libertatum conservandarum causa*), présentait du même coup l'avantage de sauver la mémoire du défunt et les droits de ses créanciers. Il n'est donc pas étonnant que la doctrine posée dans le rescrit de Marc-Aurèle ait été interprétée par la jurisprudence dans un sens de plus en plus large. Ce sont ces interprétations qu'il s'agit d'étudier.

475. Si d'abord nous considérons les conditions exigées pour que *l'addictio* puisse être demandée et obtenue, le rescrit de Marc-Aurèle nous en indique trois :

1° Il ne suffit pas que l'institution demeure sans effet : il faut encore qu'aucun successeur *ab* intestat ne se présente ; sans quoi *l'addictio* ne serait qu'une mesure de spoliation. D'où cette conséquence que la constitution de Marc-Aurèle ne devient applicable qu'à partir du moment où il est certain que le défunt ne peut plus avoir de successeur (§ 4 *sup.*). Mais comment entendre ce mot successeur? Comprendra-

(1) Contrairement à l'affirmation formelle de Théophile (sur le § 1 *sup.*), on a soutenu que Popilius Rufus ne pouvait pas être un esclave affranchi par le défunt, attendu que les esclaves n'avaient ordinairement qu'un seul nom. J'avoue qu'il est difficile de détruire cette observation par des arguments directs ; mais il me paraît encore plus difficile de l'admettre. Et en effet, c'est pour son propre compte que Popilius Rufus demande la *bonorum addictio*, et c'est à lui-même que l'empereur l'accorde; or il est certain que, d'après la constitution de ce prince, elle ne pouvait être obtenue par aucun *extraneus*, mais seulement par l'un des esclaves auxquels le testament donnait la liberté (L. 6, C., *De test. manum.*, VII, 2).

t-il seulement l'héritier et le *bonorum possessor?* Non, car le fisc qui recueille une succession abandonnée est bien aussi un successeur ; le fisc fera donc obstacle à l'*addictio* et rendra inefficaces toutes les libertés données par le défunt. Telle est la décision formelle de Papinien (L. 50 pr., *De manum. test.*, XL, 4) (1). D'autre part, si, à raison du décès ou de la répudiation de l'institué, l'hérédité *ab* intestat se trouve déférée à un *suus* qui s'abstienne, faudra-t-il, par une stricte fidélité au droit civil, considérer le défunt comme ayant un successeur et déclarer l'*addictio* impossible? Non ; un texte formel (§ 5 *sup.*) prouve que les Romains s'attachèrent à un point de vue plus pratique, et qu'ici, comme sur tant d'autres points, ils assimilèrent l'abstention du *suus* à la répudiation de l'héritier externe (n° 345) (2).

2° Rigoureusement, l'*addictio bonorum* ne pourrait être demandée que par l'un des esclaves à qui le défunt a laissé la liberté ou directe ou fidéicommissaire dans un testament. Mais cette formule un peu étroite rendait-elle toute la pensée de Marc-Aurèle? Sous le nom de testament n'avait-il pas embrassé tout acte de dernière volonté? et ne fallait-il pas, en conséquence, accorder aussi le bénéfice de sa

(1) Cette décision paraît contredite tant par la constitution de Marc-Aurèle (§ 1 *in fine, sup.*) que par un texte d'Ulpien (L. 4 § 17, *De fid. lib.*, XL, 5). Au premier abord, on serait bien porté à croire que la pensée de l'empereur et du jurisconsulte est celle-ci : le fisc, en acceptant la succession vacante, n'empêche pas les affranchissements de produire leurs effets ; il rend donc l'*addictio bonorum libertatis conservandæ causa* impossible, parce qu'il la rend inutile. Cette difficulté disparaîtra peut-être, si l'on se rappelle que, dans le cas où la succession vacante est insolvable, le fisc ne peut pas s'opposer à la *bonorum venditio*, à moins, cela va de soi, qu'il ne consente à payer tous les créanciers (n° 472). Ceci posé, ou la succession est bonne, et alors le fisc, qui s'empare des biens, peut, comme tout autre successeur *ab* intestat, méconnaître les affranchissements faits par le défunt; ou, au contraire, la succession est mauvaise, et dans ce cas le fisc qui voudrait néanmoins la recueillir et payer les créanciers doit respecter les affranchissements. Sans doute il empêche ici l'*addictio bonorum*, mais il ne faut pas qu'en se substituant aux créanciers, il anéantisse le bénéfice des libertés qui eussent pu être réclamées à l'encontre de ces derniers. Cette solution est bien nettement indiquée par Papinien (L. 50 pr., *De manum. test.*), et Ulpien lui-même la confirme (L. 4 § 20, *De fid. lib.*).

(2) Je crois, au contraire, que l'*addictio* est impossible lorsque le *suus* qui s'est abstenu puisait sa vocation dans un testament; je le crois, dis-je, quoique les Institutes (§ 5 *sup.*) ne distinguent pas. Car les affranchissements directs ont produit leur effet de plein droit et irrévocablement au moment du décès (L. 32, *De manum. test.* — L. 3, C., *De test. manum.*, VII, 2), et un sénatus-consulte faisait intervenir le magistrat pour exécuter les affranchissements fidéicommissaires (L. 30 § 10, *De fid. lib.*). L'*addictio* n'avait donc plus de but.

constitution aux esclaves qui auraient reçu la liberté par codicilles testamentaires ou même par codicilles *ab* intestat? Telle fut, en effet, l'interprétation de la jurisprudence (§ 3 *sup.*) (1). Mais on ne s'arrêta pas là : l'esclave affranchi, soit entre-vifs, soit *mortis causa* (2), pouvait craindre que la disposition du maître à son égard ne fût attaquée comme frauduleuse; pourquoi donc ne pas lui accorder l'*addictio bonorum* qui ôterait tout motif aux contestations des créanciers? C'est encore ce que l'on décida, quoique le texte du rescrit ne pût plus ici fournir aucune induction (§ 6 *sup.*). Enfin, les étrangers eux-mêmes, c'est-à-dire toutes personnes *sui juris*, furent admises à demander l'*addictio*, et cela dans l'intérêt manifeste des esclaves affranchis qui, faute de biens personnels et de crédit, pouvaient éprouver de la difficulté à fournir les garanties exigées par la constitution. Ce dernier progrès, qui apparaît déjà dans un texte de Papinien (L. 50 § 1, *De manum. test.*), fut expressément consacré par l'empereur Gordien (L. 6, C., *De test. manum.*, VII, 2).

3° L'*addictio bonorum* entraîne l'obligation de garantir d'une manière suffisante (*idonee cavere*) l'entier payement des dettes; car qui sait si la *bonorum venditio* qu'elle va empêcher n'eût pas fourni de quoi les éteindre absolument? Marc-Aurèle n'ayant pas déterminé la nature de ces garanties, on n'admit ici qu'une règle fixe : c'est que l'affranchi s'obligerait toujours par une promesse personnelle faite à l'un des créanciers désigné par les autres pour les représenter tous. Mais comme une telle promesse n'a de valeur pratique que par la solvabilité ou le crédit du débiteur, le magistrat exigeait le plus souvent qu'elle fût consolidée par une satisdation ou une constitution de gage, et alors l'*addictio* ne devenait définitive qu'une fois ces sûretés fournies (L. 4 §§ 8, 9 et 10, *De fid. lib.*) (3).

(1) Du reste on ne fait pas de distinction entre l'esclave du testateur lui-même et l'esclave d'autrui (L. 4 § 15, *De fid. lib.*). On ne distingue pas non plus entre l'affranchissement mis à la charge de l'héritier et celui qui devrait être exécuté par un légataire (L. 4 § 16, *De fid. lib.*).

(2) L'affranchissement *mortis causa* n'est prévu, à ma connaissance, que dans deux textes (§ 6 *sup.* — L. 15, *De manum.*, XL, 1). Il se fait par la *vindicta*, comme l'affranchissement *inter vivos*. Ce qui l'en distingue, c'est qu'à l'exemple de la donation *mortis causa*, il demeure révocable jusqu'au décès du maître et par conséquent ne peut produire son effet que par la survie de l'esclave.

(3) Dans le cas où le magistrat n'exige de l'affranchi qu'une promesse personnelle, j'estime que l'*addictio* est immédiatement définitive. Si la promesse n'est pas faite, on la sous-entend et les créanciers ont à leur service des actions utiles (L. 3, *De fid. lib.*).

Passant aux effets de l'*addictio bonorum*, je les ramène à deux:

1° Tous les affranchissements faits par le défunt sont maintenus, sans qu'il y ait à distinguer ni dans quelle forme ils ont été faits, ni à quels esclaves ils s'appliquent, ni à la charge de quelles personnes ils tombaient (1). En ce sens, l'*addictio* profite donc à tous ceux qui eussent pu l'obtenir eux-mêmes à raison d'un intérêt personnel. Mais quel sera le patron de ces affranchis? Sur ce point, la constitution de Marc-Aurèle distingue si la liberté leur a été laissée dans la forme des legs ou dans celle du fidéicommis. Dans ce second cas, ils auront pour patron celui qui obtient l'*addictio*, car il prend la place de l'institué, et c'est lui qui procède à la solennité de la *manumissio*. Dans le premier cas, ils seront *liberti Orcini*, à moins que celui qui demande l'*addictio* ne manifeste une volonté contraire et n'obtienne leur adhésion (§ 1 *sup.*— L. 4 §§ 7, 12 et 13, *De fid. lib.*). Au surplus, la liberté qui leur est ainsi régulièrement acquise ne saurait, quoi qu'il arrive plus tard, leur être enlevée. Si donc on suppose l'*addictio* prononcée à la suite de l'abstention d'un *suus* mineur de vingt-cinq ans, qui plus tard se ravise et obtient l'*in integrum restitutio*, les biens assurément lui sont restitués, et dans cette mesure les effets de l'*addictio* s'évanouissent. Mais les affranchis restent libres (§ 5 *sup.* — T. I, page 415, note 2) (2).

2° Celui qui a obtenu l'*addictio* succède, non pas à la personne, mais aux biens du défunt. Sa situation est donc comparable à celle du *bonorum possessor* plutôt qu'à celle de l'héritier, et de cette comparai-

(1) Inutile de faire remarquer que les libertés données à terme ou sous condition demeurent soumises aux modalités imposées par le défunt (L. 4 §§ 5 et 6, *De fid. lib.*).

(2) Faut-il décider de la même manière, quand l'*addictio* a été prononcée avant la dénonciation de la vacance et qu'ensuite le fisc met la main sur les biens? Quelques interprètes l'ont admis, résolvant ainsi la difficulté que soulèvent la dernière phrase de la constitution de Marc-Aurèle (§ 1 *sup.*) et un texte d'Ulpien (L. 4 § 17, *De fid. lib.*). J'ai déjà dit (t. II, p. 158, note 1) comment j'entends ces textes : si mon explication est exacte, les libertés ne tiennent dans notre hypothèse qu'autant que la succession est insolvable, car alors l'*addictio* a été valablement prononcée. Que si, au contraire, la succession est bonne, ou, pour parler comme Ulpien, (L. 4 § 20, *De fid. lib.*) si elle est de celles que le fisc doit accepter, l'*addictio*, quoique prononcée en fait, a toujours été nulle en droit, et par conséquent les affranchis ne sauraient conserver le bénéfice d'une liberté qui ne leur a jamais été acquise qu'en apparence et non en réalité. L'obstacle que l'acquisition de la liberté rencontre ici dès le début, et qui fait dire à Ulpien que l'*addictio* manque absolument son effet (*addictio cessat*), n'existe pas quand un *suus* mineur s'est abstenu : en ce cas l'*addictio* est valablement prononcée, bien que sujette à rescision, et voilà pourquoi il n'est pas possible, selon moi, d'assimiler les deux hypothèses.

son, formellement exprimée par Ulpien (L. 4 § 21, *De fid. lib.*), je conclus que, pour devenir propriétaire *ex jure Quiritium*, il a besoin d'usucaper ; j'en conclus aussi qu'il ne peut poursuivre les débiteurs du défunt que par voie d'actions fictices, et que réciproquement les créanciers héréditaires doivent eux-mêmes recourir à ce genre d'actions toutes les fois qu'ils n'ont pas obtenu de lui la promesse personnelle qu'exige la constitution de Marc-Aurèle (L. 3 ; L. 4 § 22, *De fid. lib.*) (1).

476. Tels sont, dans le droit classique, les principes de l'*addictio bonorum*. Mais une constitution de Justinien (L. 15, C., *De test. manum.*, VII, 2), que les Institutes (§ 7 *sup.*) mentionnent sans en rendre compte, vint les compléter et les élargir. En voici l'analyse sommaire :

1° Tandis qu'autrefois l'*addictio bonorum* devenait impossible dès la vente consentie par les créanciers, désormais elle pourra être obtenue pendant une année encore, mais sous la condition absolue de fournir satisdation à tous les créanciers, et parmi les créanciers figure évidemment le *bonorum emptor* qui a payé son prix. Cette doctrine, c'est Justinien qui nous l'apprend, avait été repoussée, et cela très-logiquement, par l'empereur Septime Sévère ; mais elle trouvait, paraît-il, un argument dans une décision d'Ulpien que nous ne connaissons pas (L. 15 pr.).

2° Celui qui demande l'*addictio* ne sera plus tenu de promettre le payement intégral des dettes, si les créanciers veulent bien se contenter d'un simple dividende (L. 15 § 1) (2).

3° Si, parmi les esclaves que le défunt a affranchis, il y en a qui préfèrent l'esclavage à la liberté, cela n'empêchera pas l'*addictio* ; mais leur volonté sera faite (L. 15 § 2). L'ancien droit, sans aucun doute, moins condescendant pour les besoins matériels, mais plus soucieux de la dignité humaine, les eût fait parvenir à la liberté malgré eux.

4° En supposant la succession insolvable, celui qui demande

(1) L'action *ex stipulatu* qui résulte de cette promesse ne peut être qu'une action utile, toutes les fois qu'elle est exercée par des créanciers autres que celui-là même qui a stipulé. Cette observation, incontestable en elle-même, peut servir à expliquer la loi 3, *De fid. lib.*, qui d'ailleurs se prête également bien à une autre explication (t. II, p. 159, note 3). Car les actions fictices données en l'absence de stipulation sont aussi des actions utiles.

(2) Justinien a oublié de nous dire si le consentement individuel de chaque créancier est nécessaire, ou si la majorité lie la minorité.

l'*addictio* ne sera plus tenu de promettre la liberté à tous les esclaves affranchis; mais jamais il ne pourra la refuser à aucun d'eux de manière à s'assurer un bénéfice net (L. 15 § 3).

5° L'*addictio bonorum*, demandée simultanément par plusieurs, est accordée à tous (1); demandée successivement, elle n'est accordée qu'à celui qui s'est présenté le premier. Cependant, tant qu'une année ne s'est pas écoulée, le premier en date est écarté, s'il n'a pas donné de satisdation, par celui qui en offre une immédiatement, et, s'il n'a promis la liberté qu'à quelques-uns des esclaves affranchis, par celui qui la promet à tous (L. 15 §§ 4 à 6).

III. — DE L'ADROGATION.

Lib. III, tit. x, *De adquisitione per adrogationem*, pr. — Est et alterius generis per universitatem successio, quæ neque lege duodecim tabularum, neque prætoris edicto, sed eo jure quod consensu receptum est, introducta est (Gaius, III, § 82),

§ 1. — Ecce enim, quum paterfamilias sese in adrogationem dat, omnes res ejus corporales et incorporales, quæque ei debitæ sunt, adrogatori antea quidem pleno jure adquirebantur, exceptis iis quæ per capitis deminutionem pereunt, quales sunt operarum obligationes et jus adgnationis. Usus etenim et ususfructus, licet his antea connumerabantur, attamen capitis deminutione minima eos tolli nostra prohibuit constitutio (Gaius, III, § 83).

§ 2. — Nunc autem nos eamdem adquisitionem quæ per adrogationem fiebat, coarctavimus ad similitudinem naturalium parentium. Nihil etenim aliud, nisi tantummodo

Il y a encore une autre espèce d'acquisition *per universitatem* qui n'a été introduite ni par la loi des Douze Tables, ni par l'édit du préteur, mais par le droit fondé sur le consentement de tous.

En effet, quand un père de famille se donne en adrogation, tous ses biens corporels et incorporels et toutes ses créances entraient autrefois pleinement dans le patrimoine de l'adrogeant, à l'exception des droits qui périssent par la *capitis deminutio*, tels que le droit à des services et le droit d'agnation. Quant à l'usage et à l'usufruit, compris autrefois dans les mêmes catégories de droits, notre constitution a voulu que la *minima capitis deminutio* ne les éteignît plus.

Mais aujourd'hui l'acquisition qui résultait de l'adrogation a été par nous restreinte à l'image de celle qui s'opère pour les ascendants naturels. En effet, les pères tant natu-

(1) Telle était déjà la décision de l'ancien droit (L. 4 § 22, *De fid. lib.*).

usufructus, tam naturalibus patribus quam adoptivis per filiosfamilias adquiritur in iis rebus quæ extrinsecus filiis obveniunt, dominio eis integro servato; mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium ejus ad adrogatorem pertransit, nisi supersint aliæ personæ quæ ex constitutione nostra patrem, in eis quæ adquiri non possunt, antecedunt.

rels qu'adoptifs, n'acquièrent plus par leurs fils de famille que l'usufruit des choses qui ne proviennent pas d'eux-mêmes, la propriété de ces choses étant réservée aux fils. Mais quand l'adrogé meurt dans la famille adoptive, la propriété elle-même passe à l'adrogeant, pourvu qu'il n'y ait aucune des personnes que notre constitution préfère au père sur les choses qui ne peuvent pas lui être acquises.

§ 3. — Sed ex diverso, pro eo quod is debuit qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure adrogator non tenetur, sed nomine filii convenietur; et, si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus per competentes nostros magistratus bona quæ ejus cum usufructu futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, possidere et legitimo modo ea disponere (Gaius, III, § 84).

A l'inverse, les dettes qui grevaient l'adrogé n'obligent pas de plein droit l'adrogeant, mais il sera poursuivi au nom du fils; et s'il refuse de le défendre, les créanciers, avec l'autorisation des magistrats compétents, pourront entrer en possession des biens qui seraient la pleine propriété du fils s'il ne se fût pas soumis à la puissance d'autrui, et en disposer selon les voies légales.

477. — J'ai déjà dit (nº 107) que dans le droit classique le patrimoine du père de famille qui se donne en adrogation va se confondre dans celui de l'adrogeant. Ce mode de transmission, qui nous est présenté comme introduit par l'usage et non par une loi expresse (pr. *sup.* — Gaius, III, § 82), remonte certainement à une date fort reculée; car il découle de deux principes aussi anciens que le droit romain, savoir : que les personnes *alieni juris* sont incapables d'avoir un patrimoine, et qu'elles servent d'instruments d'acquisition à ceux qui les tiennent en leur puissance (nºs 210 et 294).

Pour avoir des notions complètes sur le sort du patrimoine de l'adrogé, il est essentiel de distinguer entre l'actif et le passif.

De l'actif. — La règle est qu'il passe tout entier et de plein droit à l'adrogeant, sans distinction entre les choses corporelles et les choses incorporelles (§ 1 *sup.* — Gaius, III, § 83) (1). Mais on est forcé

(1) Quant aux actions que l'adrogeant pouvait avoir contre l'adrogé, la confusion les éteint forcément, et on ne les fait pas revivre au cas où l'adrogé viendrait à être émancipé (L. 2 § 4, *De cap. min.*, IV, 5).

d'excepter les droits dont la *capitis deminutio* entraîne toujours extinction pure et simple. Tels sont, pour emprunter les exemples de Gaius : 1° les droits d'*usufruit*, et sans aucun doute cette expression embrasse aussi les droits d'usage nos 182, 279 et 281) (1); 2° la créance ayant pour objet les *operæ liberti* (2). Car, bien qu'un contrat spécial soit nécessaire pour obliger l'affranchi à fournir ses services au patron, ce contrat n'a pu lui être imposé que comme condition et charge de l'affranchissement : le droit aux *operæ liberti* est donc une suite indirecte du *jus patronatus* qui, comme on l'a vu (n° 182), périt par la *capitis deminutio;* 3° les droits déjà déduits en justice, lorsque le *judicium* est *legitimum* (3), (4).

Dans la législation des Institutes, la règle ne subsiste plus entière. Comme désormais la propriété est accessible aux fils de famille, que les biens acquis par eux sont seulement soumis à l'usufruit du père, et qu'il est impossible de reconnaître à un père adoptif des droits qu'on refuse au père naturel, l'adrogé conserve la nue propriété de ses biens, et l'usufruit seul en est acquis à l'adrogeant, qui ne peut plus devenir plein propriétaire qu'à titre d'héritier, c'est-à-dire par le prédécès de l'adrogé ne laissant ni descendants ni frères ou sœurs (§ 2 *sup.*). Que si dans leur ensemble les effets de l'adrogation se trouvent ainsi restreints, à un point de vue secondaire Justinien les élargit; car la jouissance du père porte désormais tant sur les droits d'usufruit et d'usage, lesquels ne s'éteignent plus par la *minima*

(1) Quant à l'*habitatio* et aux *operæ servi aut animalis*, comme la *capitis deminutio* ne les éteint pas, et que leur caractère de servitudes personnelles les empêche de se déplacer, l'adrogé les conserve.

(2) Gaius suppose que l'affranchi s'est obligé *per jusjurandum*, car telle était la forme la plus usitée en cette matière. Mais sans aucun doute si le patron s'était contenté d'une promesse faite au moment de l'affranchissement, cela n'empêcherait pas le droit de s'éteindre par la *capitis deminutio*, et c'est ce que démontre bien le texte correspondant des Institutes (§ 1, *sup.*), où la mention du *jusjurandum* ne figure plus. De même, il n'y a pas à distinguer entre les *operæ officiales* et les *operæ fabriles*. Mais il est certain que Gaius songe plus particulièrement aux *operæ fabriles*, attendu que le droit aux *operæ officiales* est de sa nature intransmissible, et que, par conséquent, ne s'éteignît-il pas par la *capitis deminutio*, il ne passerait point pour cela à l'adrogeant (LL. 6 et 9 § 1, *De oper. libert.*, XXXVIII, 1).

(3) Il faut appliquer ici une observation déjà présentée d'une manière générale (tome I, p. 437, note 1).

(4) A ces trois exemples on peut ajouter la créance résultant de l'*adstipulatio* (Gaius, III, § 114). Si Gaius ne la mentionne pas ici, c'est que cette créance s'éteint sans diminuer le patrimoine de l'adrogé, car elle ne lui appartenait que dans l'intérêt d'un tiers et à la charge d'en rendre compte.

capitis deminutio (nº 184) (1), que sur tous les droits déjà déduits en justice, car les règles spéciales aux *judicia legitima* sont abrogées (2).

478. — *Du passif.* — Il ne saurait être question ici que de dettes déjà nées au jour de l'adrogation. Or il faut, comme on le fait toujours quand il s'agit de déterminer les effets de la *capitis deminutio* (nº 182), distinguer entre celles qui ont leur cause dans un délit et celles qui résultent d'un contrat ou comme d'un contrat, et parmi ces dernières il faut mettre à part celles qui ne grevaient l'adrogé que comme conséquence d'une hérédité par lui recueillie. Il y a donc en tout trois sortes de dettes soumises à des règles différentes.

1º *Dettes résultant d'un délit.* — L'adrogation, comme toute autre espèce de *capitis deminutio* (nº 182), les laisse subsister; et s'il y a quelque chose de changé dans la situation des créanciers, c'est que l'action directe dont l'adrogé reste tenu, quoique dépouillé de ses biens, ne leur offre plus en fait qu'une ressource insuffisante, mais qu'en revanche ils peuvent, s'ils le préfèrent, poursuivre l'adrogeant par voie d'action noxale (Gaius, IV, § 77).

2º *Dettes contractuelles ou quasi-contractuelles.* — Elles s'éteignent, puisque telle est dans tous les cas la conséquence de la *capitis deminutio* (nº 182). Mais alors, dira-t-on, l'adrogation va donc devenir pour le père de famille accablé de dettes un mode légal de frustrer ses créanciers! L'adrogeant va réaliser un bénéfice odieux! Si l'on y regarde de près, cette iniquité n'exista jamais dans la pratique romaine. Qu'on se le rappelle, en effet, l'adrogation fut de tout temps précédée d'une enquête, et subordonnée au consentement de l'autorité publique (nº 105). Eh bien! assurément l'enquête portait entre autres choses sur la situation passive du futur adrogé, et l'adrogation ne devait être autorisée qu'autant qu'il justifiait préalablement de l'acquittement intégral de ses dettes ou que le futur adrogeant consentait à s'en charger par une novation régulière. Plus tard, mais

(1) Le droit de Justinien nous offre ainsi une dérogation à l'antique règle *Servitus servitutis esse non potest* (nº 264, *in fine*).

(2) Aussi des trois espèces de droits que Gaius citait comme s'éteignant par la *capitis deminutio*, l'*obligatio operarum* est la seule que Justinien mentionne (§ 1 *sup.*). Mais il y ajoute le *jus agnationis* dont Gaius n'avait rien dit, et avec beaucoup de raison : car il ne s'agit pas ici de déterminer d'une manière générale les droits qui périssent par la *capitis deminutio*, mais seulement ceux qu'elle retranche du patrimoine. En d'autres termes, il n'est question en notre matière que de droits appréciables en argent.

d'assez bonne heure encore, et c'est pourquoi nous ne rencontrons pas dans les textes l'observation que je viens de faire, le préteur alla plus droit au but : rescindant la *capitis deminutio* d'avance et par une disposition générale de l'édit, il permit aux créanciers d'exercer contre l'adrogé des actions qui, comme celles qu'il donne contre le *bonorum possessor* et le *bonorum emptor*, sont qualifiées à la fois utiles et fictices : utiles, parce qu'elles sont accordées en dehors de leur destination originaire; fictices, parce qu'aux termes de la formule le juge doit faire abstraction de la *capitis deminutio* et statuer comme si la personnalité civile de l'adrogé n'avait pas changé. L'effet de ces actions était d'obliger l'adrogeant à défendre l'adrogé, c'est-à-dire à figurer lui-même comme partie à la *litis contestatio* et à fournir la caution *judicatum solvi;* sinon, le magistrat autorisait les créanciers à prendre possession des biens de l'adrogé et à les vendre comme s'ils n'avaient pas cessé de lui appartenir (Gaius, III, § 84; IV, § 38) (1). Cette théorie, pour qui n'en regarde que les conséquences pratiques, subsiste encore dans le droit de Justinien, mais elle a changé de forme (§ 3 *sup.*). Et d'abord, ce n'est plus contre l'adrogé que les créanciers exercent leurs actions, mais bien contre l'adrogeant (2), modification qui tout d'abord semble peu nécessaire et d'autant moins naturelle que désormais l'adrogé conserve la nue propriété de ses biens. Mais elle s'explique par cette idée générale que dans le droit nouveau c'est le père de famille qui administre les biens adventices de son fils. De

(1) Un autre correctif à la rigueur du droit civil fut proposé par certains jurisconsultes; il consistait à donner l'action *de peculio* contre l'adrogeant (L. 41, *De pec.*, XV, 1). Ulpien, qui rapporte et approuve cette opinion, nous apprend en même temps qu'elle avait rencontré dans l'école Sabinienne une résistance fondée sur ce que l'action *de peculio* ne garantirait que des obligations nées depuis la constitution du pécule. Quelle que soit la valeur de cette considération, et elle ne manque pas de logique, puisque le principe de l'action *de peculio* réside dans un consentement que le père donne par avance et dans la mesure du pécule aux obligations que son fils contractera, Ulpien ne s'y arrête pas. Mais alors quelle est au juste sa pensée? Veut-il simplement dire que l'adrogeant pourra être poursuivi, sur le pécule que lui-même aurait constitué plus tard à l'adrogé? ou plutôt n'entend-il pas que tous les biens apportés par ce dernier doivent être considérés comme formant un pécule? Si telle est, comme j'incline à le croire, la doctrine du jurisconsulte, elle aboutit à une simplification évidente, car elle rend inutile le recours aux actions fictices, et c'est contre le père, non contre le fils, que la poursuite est intentée. Ce procédé, au surplus, n'emporte aucun dommage ni pour l'adrogeant, qui ne peut être condamné que jusqu'à concurrence de l'actif apporté par l'adrogé, ni pour les créanciers, qui, si l'adrogeant eût refusé de défendre aux actions fictices, auraient bien été obligés de se contenter de cet actif.

(2) *Nomine filii convenietur*, dit Justinien (§ 3 *sup.*).

plus, si ces actions ne deviennent pas directes, du moins ont-elles perdu leur caractère fictice qui ne s'accusait que dans la conception de la formule. Enfin, quand l'adrogeant se refuse à défendre, ce n'est plus *per universitatem*, mais en détail, selon la règle générale de la procédure extraordinaire, que les créanciers procèdent à la vente des biens (1).

3° *Dettes grevant une hérédité antérieurement recueillie par l'adrogé.* — Par dérogation aux principes qui viennent d'être exposés, on admet que ces dettes, à l'exemple de l'actif héréditaire, passent de plein droit sur la tête de l'adrogeant, ce qu'on explique par cette considération qu'il devient héritier à la place de l'adrogé (2). Et de là une importante conséquence : c'est que l'adrogeant sera poursuivi par voie d'action directe, partant dispensé de fournir la caution *judicatum solvi*, mais en revanche tenu de telle façon que s'il refuse d'engager l'instance, c'est son patrimoine tout entier que les créanciers vendront, et non pas seulement la portion provenant de l'adrogé (Gaius, III, § 84, 1re ph.) (3). Justinien a-t-il entendu conserver cette

(1) D'après quelques interprètes, les règles qui viennent d'être exposées relativement aux dettes contractuelles subiraient une exception en matière de dépôt. Ici l'adrogé continuerait d'être tenu directement, pourvu que la chose fût restée entre ses mains. C'est la conclusion qu'on tire d'un texte (L. 21 pr., *De pec.*, XV, 1) où Paul, prévoyant l'hypothèse d'un fils de famille dépositaire qui vient à être émancipé et qui reste en possession de la chose, décide effectivement que le père émancipateur échappe à l'action *de peculio* et que l'émancipé seul peut être poursuivi. Mais il est fort probable que Paul se réfère au cas où l'émancipé a conservé son pécule; et sa décision ainsi entendue n'est plus que l'application d'un principe général en matière d'émancipation, par conséquent, ne peut fournir aucun argument relativement à l'adrogé. Au surplus, la doctrine que je combats demeure dénuée d'intérêt pratique sérieux, si elle ne va pas jusqu'à dispenser l'adrogeant de défendre à l'action *depositi*, et personne, je pense, n'oserait aller jusque-là, car ce serait empirer la condition des créanciers que cependant cette doctrine prétend plutôt favoriser.

(2) Au fond, cela revient à dire qu'une hérédité forme un tout indécomposable, et que celui qui en acquiert l'actif est nécessairement aussi grevé du passif. Et c'est pourquoi, a-t-on déjà vu (n° 157), l'adition d'hérédité faite par un pupille non autorisé est entièrement nulle. C'est pourquoi aussi l'hérédité acquise par l'esclave ou le fils de famille est réputée avoir été acquise tout droit au maître ou au père, qu'on considère comme seuls obligés aux dettes (L. 79, *De acq. vel omitt. her.*, XXIX, 2).

(3) Il y a des interprètes qui prétendent que les dettes provenant d'une hérédité déjà acquise sont traitées comme toutes les autres dettes dérivant d'une cause licite. Pour eux, le passage cité de Gaius se réfère aux dettes d'une hérédité acquise depuis l'adrogation. Mais cette interprétation, outre qu'elle est formellement contredite par la lettre même du texte, qui porte que l'adrogé *cesse d'être héritier*, trouve une réfutation subsidiaire dans les deux considérations suivantes : 1° l'ad-

différence entre les dettes d'une hérédité et les autres dettes contractuelles ou quasi-contractuelles? Je suis d'autant moins porté à le croire qu'il n'a reproduit du passage précité de Gaius que la portion qui exprime la règle, signifiant bien par là, ce me semble, qu'il abroge l'exception (§ 3 *sup.*).

IV. — DE LA *manus*.

479 *a*. Ce mode de transmission, dont il ne peut plus être question sous Justinien, dérive des mêmes principes généraux que le précédent; comme lui, c'est par la coutume qu'il fut consacré ; comme lui, il ne s'applique *ipso jure* qu'à l'actif; et d'une manière plus générale, la *manus* et l'adrogation, envisagées dans leurs effets relativement au patrimoine, sont de tous points gouvernées par des règles identiques. Aussi Gaius, ménager des mots, a-t-il pu les confondre absolument dans une même explication. Voici pourtant deux observations toutes spéciales à notre matière : 1° la *manus* n'est un mode d'acquisition *per universitatem* qu'autant qu'elle s'applique à une femme *sui juris*, la seule capable d'avoir un actif. Mais cela ne signifie pas qu'à l'égard de celle qui passe de la puissance paternelle sous la puissance maritale la *capitis deminutio* ne produise pas ses effets ordinaires, notamment l'extinction des dettes contractuelles ou quasi-contractuelles ; seulement, l'action fictice que le préteur donne contre la femme ne réfléchit pas ici contre le mari, puisqu'elle ne lui a rien apporté; 2° la *manus* acquise sur une femme antérieurement *sui juris* opère transmission *per universitatem*, même lorsqu'elle n'intervient que *fiduciæ causa ;* mais il est de toute évidence qu'en pareil cas le *coemptionator*, en vertu du même contrat de fiducie qui l'oblige à dissoudre immédiatement sa puissance, doit aussi restituer à la femme, redevenue *sui juris*, tout ce qu'il a acquis par elle. D'où il suit qu'ici encore les actions fictices destinées à faire revivre les dettes éteintes par la *capitis deminutio* n'ont d'effet que contre la femme. Il en

rogé qui, postérieurement à l'adrogation, acquiert une hérédité, l'acquiert, sans contredit, selon les mêmes règles que tout autre fils de famille, et Gaius n'avait pas besoin de s'expliquer sur ce point; 2° rationnellement, on comprend très-bien une différence entre les créanciers qui ont traité avec l'adrogé encore père de famille et ceux qui ne sont devenus tels que parce qu'il a hérité de leur débiteur. Les uns ont suivi sa foi et se sont mis à sa merci; les autres sont devenus ses créanciers sans le vouloir, à contre-cœur peut-être, et il n'est pas juste que l'adrogation leur nuise.

résulte également que si la femme était créancière du *coemptionator*, si elle avait un bien grevé envers lui d'une servitude personnelle, ou si le fonds de l'un était servant ou dominant par rapport au fonds de l'autre, les droits que la confusion passagère des deux patrimoines a éteints doivent être rétablis, sans quoi la restitution serait inférieure ou supérieure à l'acquisition (1).

V. — DE LA *dominica potestas.*

Lib. III, tit. XI, *De successionibus sublatis, quæ fiebant per bonorum venditionem et ex senatus consulto Claudiano*, § 1. — Erat et ex senatus consulto Claudiano miserabilis per universitatem adquisitio, quum libera mulier, servili amore bacchata, ipsam libertatem per senatusconsultum amittebat, et cum libertate substantiam. Quod indignum nostris temporibus esse existimantes, et a nostra civitate deleri, et non inseri nostris Digestis concessimus.

Il y avait encore, en vertu du sénatus-consulte Claudien, une déplorable acquisition *per universitatem*: c'était lorsqu'une femme libre, entraînée par l'amour d'un esclave, perdait, par l'effet du sénatus-consulte, et sa liberté et ses biens. Mais cette disposition nous ayant paru indigne de notre siècle, nous l'avons fait disparaître de notre cité et n'avons point permis qu'elle fût reproduite dans notre Digeste.

480. On sait déjà que qui tombe en esclavage ne tombe pas nécessairement sous la puissance dominicale. C'est dire que je ne parle pas ici des condamnés à une peine criminelle ; car, si leurs biens sont acquis à l'état, ce n'est pas par voie de conséquence d'un droit de propriété sur leur personne elle-même, puisqu'ils n'ont pas de maître (n°s 38 et 41). Je parle donc seulement de ceux qui deviennent esclaves soit pour désobéissance au sénatus-consulte Claudien, soit pour ingratitude envers leur patron, soit pour s'être laissé vendre *ad participandum pretium*. Si, dans ces trois hypothèses, le nouvel esclave était auparavant *sui juris*, la propriété acquise sur sa personne emporte nécessairement aussi propriété de ses biens, et cela par application des mêmes principes généraux que nous avons vus engendrer l'acquisition par l'adrogation et par la *manus*.

Pour plus de précision, il faut encore ici distinguer entre l'actif et

(1) Quant aux droits éteints directement par la *capitis deminutio* elle-même, et non par la confusion des deux patrimoines, tels que l'usufruit sur les biens d'un tiers ou l'*obligatio operarum liberti*, il est impossible de les faire revivre.

les dettes. Quant à l'actif, il suit exactement le sort de celui du père de famille qui se donne en adrogation (n° 477). Quant aux dettes, si elles résultent d'un délit, le créancier n'a que la ressource d'une action noxale contre le maître (Gaius, IV, § 77); si elles dérivent d'un contrat ou comme d'un contrat, la *capitis deminutio* qui les a éteintes conserve irrévocablement son effet à l'égard de l'esclave, car son incapacité absolue de figurer comme partie dans un procès s'oppose à la délivrance d'actions fictices semblables à celles que le magistrat promet contre l'adrogé ou la femme *in manu*. Mais comme il ne faut pas que l'esclavage encouru par la faute du débiteur appauvrisse ses créanciers, l'édit prétorien leur donne des actions utiles contre le maître qui se trouve ainsi dans la nécessité ou de défendre *in solidum* ou de voir autoriser l'envoi en possession et la vente du patrimoine qu'il vient de recueillir (L. 2 pr.; L. 7 § 2, *De cap. min.*, IV, 5) (1).

Justinien, on l'a déjà vu n° 38, supprima le sénatus-consulte Claudien, de sorte que la transmission du patrimoine par l'effet de la *dominica potestas* ne s'applique plus désormais que dans deux cas ; et de ces deux cas, les Institutes ne disent rien (§ 1 *sup.*), sans doute à cause de leur insignifiance pratique. Et en effet, si l'on comprend que dans l'égarement des sens la femme même riche descende à aimer un esclave, sans aucun doute c'est toujours la pauvreté qui pousse l'homme libre à se laisser vendre, et il est rare que l'affranchi aisé ne puise pas dans son aisance même le sentiment des égards qu'il doit à son patron.

VI. — DE LA *bonorum sectio*.

481 *a*. La *bonorum sectio* est la vente aux enchères de biens appartenant au peuple ou au fisc, et les *bonorum sectores* sont ceux qui les achètent (Gaïus, IV, § 146) (2). Cette vente a pour objet ou des choses

(1) Ces actions ont donc le même résultat que les actions fictices données contre l'adrogé. Mais elles en diffèrent d'abord par la rédaction de la formule, puis et surtout en ce que c'est le maître lui-même qui est poursuivi et qu'en conséquence il défend valablement sans fournir la caution *judicatum solvi* (Inst., § 1, *De satisd.*, IV, 11).

(2) Quelle est l'étymologie de ces mots *sectio* et *sector?* Faut-il la chercher dans le verbe *sequi*, parce que ces acheteurs poursuivaient l'espérance d'un gain, ou, ce que je crois plus probable, dans le verbe *secare*, parce qu'ils revendaient en détail? Les deux étymologies sont indiquées par Asconius (*Sur les Verrines*, 2ª act., I, 20 et 23).

individuellement déterminées, comme le butin pris sur l'ennemi (Cic., *De invent*, I, 45. — Florus, II, 6, nº 48), ou l'ensemble d'un patrimoine, par exemple des biens confisqués (Cic., *pro Rosc. Amer.*, 43), ceux d'un débiteur du trésor (Cic., *pro Flacc.*, 18. — L. 6, C., *De fid. et jur. hast.*, X, 3), ou une succession vacante (1). C'est seulement dans cette seconde catégorie d'hypothèses que la *bonorum sectio* constitue un mode d'acquisition *per universitatem* (2), (3). Dans l'une et dans l'autre, elle se fait à la diligence des questeurs (Tit. Liv., XXXVIII, 60) et n'est valable que moyennant l'accomplissement de certaines formalités, dont les principales consistent en des affiches préalables *proscriptiones*), et, au moment de la vente, en la présence d'une pique ou *hasta*, symbole de la propriété romaine (LL. 1, 5 et 6, C., *De fid. et jur. hast.*, X, 3. — Cic., 2ª *Phil.*, 26. — Festus, vº *Hastæ*). Par exception à la règle générale d'après laquelle la propriété ne se transporte pas *solo consensu*, la *bonorum sectio*, indépendamment de toute tradition ou autre solennité et pourvu que le prix ait été payé, donne dans tous les cas la propriété quiritaire (Varron, *de Re rust.*, II, 10. — L. 3, C. *De fid. et jur. hast.*), et, en principe, lorsqu'elle s'applique à l'ensemble d'un patrimoine, elle transfère, en outre, les créances et les dettes (4) que ce patrimoine comprenait avant de

(1) Nous voyons dans Cicéron (*pro Rosc. Amer.*, 31) que les particuliers s'associaient volontiers pour acheter les biens ainsi vendus en masse, et cela sans doute parce que de telles opérations exigeaient des capitaux fort considérables. Tacite (*Annal.*, XIII, 23) nous apprend que la gent des *bonorum sectores* était décriée pour son avidité.

(2) Je m'écarte ici d'une opinion très-répandue, d'après laquelle la *bonorum sectio* porterait toujours sur l'ensemble d'un patrimoine. Cette idée me paraît inconciliable avec les textes, qui prouvent que l'on vendait ainsi les objets pris sur l'ennemi.

(3) A mesure qu'on avance dans la période impériale, l'expression *bonorum sectio* devient d'un usage de plus en plus rare, et on la trouve remplacée par d'autres, qui, du reste, paraissent aussi anciennes, savoir : *venditio sub hasta*, *subhastatio*, *auctio*. Les deux premières s'expliquent par l'intervention de l'*hasta* dans les ventes de biens publics; la troisième fait allusion à la solidité particulière de ces ventes, que l'empereur lui-même ne pouvait pas rescinder, de sorte que l'état était le meilleur des garants ou *auctores* (L. 5, C., *De fid. et jur. hast.* — Voir tome I, page 344, note 3). J'ajoute que toutes ces expressions, comme celle de *bonorum sectio* et plus certainement qu'elle, s'employaient pour désigner tant les ventes en détail que les ventes en masse. Il n'est pas non plus indifférent, si l'on veut lire commodément les textes, de savoir qu'*auctio* désignait aussi les ventes faites avec publicité et aux enchères par un simple particulier (Cic., *pro Quintio*, 4 et 5. — Ulp., XXII § 26).

(4) Dans le cas où c'est comme créancier que le fisc vend, le débiteur, conservant sa personnalité, reste tenu de ses dettes dans la mesure où le prix de vente ne suffit pas à les payer (L. 3, C., *De sent. pass.*, IX, 51).

tomber dans le domaine de l'État (L. 41, *De jur. fisc.* XLIX, 14) (1). En outre, elle vaut à l'acquéreur un interdit appelé *sectorium*, à l'effet d'obtenir de tout détenteur le délaissement des objets corporels compris dans son acquisition (Gaius, IV, § 146).

VII. — DE LA *bonorum venditio*.

Lib. III, tit. XII, *De successionibus sublatis, quæ fiebant per bonorum venditionem et ex senatusconsulto Claudiano*, pr. — Erant ante prædictam successionem (2) olim et aliæ per universitatem successiones : qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta, et tunc locum habebat quando judicia ordinaria in usu fuerunt. Sed quum extraordinariis judiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt, et tantummodo creditoribus datur officio judicis bona possidere, et, prout utile eis visum fuerit, ea disponere : quod ex latioribus Digestorum libris perfectius apparebit.

Autrefois, et avant la succession dont nous venons de parler, il y avait encore d'autres modes de succéder *per universitatem*. Telle était la *bonorum emptio* qui par de nombreuses complications aboutissait à vendre les biens d'un débiteur, et qui s'appliqua tant que fut usitée la procédure ordinaire. Mais plus tard, quand la procédure extraordinaire eût été établie, elle fit disparaître les *bonorum venditiones* avec la procédure ordinaire elle-même ; et aujourd'hui, il est seulement permis aux créanciers d'entrer en possession des biens avec l'autorisation du juge et d'en disposer comme ils le croient utile, ainsi que le montreront très-clairement les explications plus développées du Digeste.

482. La *bonorum venditio* est la vente en bloc du patrimoine d'un débiteur, faite par l'un de ses créanciers tant en son propre nom qu'au nom des autres (3). Elle fut introduite, c'est Gaius (IV § 35), qui le constate, par un préteur appelé Rutilius, et cela probablement dans les dernières années du VIe siècle de Rome, ou peut-être vers le milieu du VIIe (4). Ce qui est hors de doute, c'est qu'elle fut à peu près

(1) Les actions données au *bonorum sector* ou contre lui étaient-elles directes? On peut le conjecturer sans trop d'invraisemblance. Puisqu'il devenait propriétaire *ex jure Quiritium*, pourquoi ne serait-il pas devenu aussi du même coup créancier ou débiteur, même selon le droit civil?

(2) C'est-à-dire la *bonorum addictio libertatum conservandarum causa* (t. II, p. 154).

(3) On a conjecturé qu'elle fut une imitation de la *bonorum sectio* dont j'ai parlé précédemment (n° 481).

(4) Le doute tient à ce que nous trouvons en l'an 586 un préteur Publius Ruti-

contemporaine de la création du système formulaire, et qu'elle était déjà en pleine vigueur dans la jeunesse de Cicéron, comme le prouve par son objet même le plaidoyer *pro Quintio* qu'il prononça à l'âge de trente-trois ans.

La *bonorum venditio* nous apparaît avant tout comme une voie d'exécution mise au service des créanciers non payés. Ainsi considérée, c'est dans l'explication générale de la procédure qu'elle trouvera sa place logique. Pour le moment je me borne à constater avec Gaius (III, § 78), qu'elle s'applique tantôt aux biens d'un vivant, tantôt à ceux d'un mort.

Les vivants dont le patrimoine est ainsi vendu sont : 1° le *judicatus*, c'est-à-dire celui qui, condamné à payer une certaine somme, n'a pas exécuté la condamnation dans le délai légal ; 2° le *confessus in jure*, dans le cas où on l'assimile au *judicatus ;* 3° celui qui frauduleusement se dérobe aux poursuites de ses créanciers, et, d'une manière plus générale, quiconque refuse de défendre à une action ou s'est mis par sa faute dans l'imposibilité d'y défendre ; 4° celui qui a fait la *bonorum cessio ;* 5° enfin, la personne qui s'est soumise à la *patria potestas* ou à la *manus* d'un tiers, lorsque ce tiers refuse de la défendre (1).

Quant aux morts, leurs biens ne sont vendus que lorsqu'il est certain qu'ils n'auront ni héritier, ni *bonorum possessor*, ni autre successeur universel tenu de payer l'intégralité des dettes (2).

Ceci dit, me renfermant désormais dans l'étude de la *bonorum venditio* considérée comme mode de transmission *per universitatem*, je dois répondre à trois questions : 1° quelles sont les formalités qui précèdent la *bonorum venditio ?* 2° comment se fait-elle ? 3° quels effets produit-elle à l'égard de l'acheteur (3) ?

lius Calvus (Tit. Liv., XLV, 44), et en l'an 648 un consul Publius Rutilius Rufus. De ce dernier, Cicéron fait à plusieurs points de vue un magnifique éloge (*De orat.*, I, 53) et nous apprend que ce fut un jurisconsulte distingué : « *Sunt ejus multa præclara de jure* » (*Brutus*, 30).

(1) Ce dernier cas est déjà connu (n°s 478 et 479). Les quatre autres ne deviendront bien clairs que lorsque j'expliquerai la procédure.

(2) La *bonorum venditio* est également admise après l'abstention d'un *suus* (L. 6 pr., *De reb. auct. jud.*, XLII, 5), ou lorsque l'héritier institué sous une condition encore pendante déclare que, quoi qu'il arrive, il ne fera pas adition (L. 1 pr., *De cur. bon. dand.*, XLII, 6). Ces deux décisions mettent de côté les principes du droit civil.

(3) Ses effets à l'égard du débiteur seront exposés plus loin. J'ai déjà eu l'occasion de signaler le principal, savoir l'infamie qui s'attache à la personne ou à la mémoire du débiteur (n° 344).

483. *Première question.* — Trois formalités essentielles précèdent la *bonorum venditio :* 1° c'est d'abord un envoi en possession que le magistrat prononce sur la demande d'un ou de plusieurs créanciers. J'en étudierai plus tard avec détail les conditions et les effets ; mais dès à présent l'on doit savoir qu'il dessaisit toujours le débiteur et entraîne ordinairement la nomination d'un curateur chargé d'administrer à sa place (n° 781). En même temps que le magistrat accorde l'envoi en possession, il ordonne que des affiches (*proscriptiones* ou *libelli*) annonçant la vente soient apposées dans les endroits les plus fréquentés de la ville (Gaius, III, § 79. — Cic., *pro Quintio*, 95). Ces affiches tendent non-seulement, je le pense, à provoquer les acheteurs, mais aussi et surtout à faire connaître aux tiers le dessaisissement du débiteur et à avertir ceux des créanciers qui ignorent la poursuite et qui désirent s'y adjoindre; 2° lorsque depuis l'envoi en possession et l'apposition des affiches, il s'est écoulé un délai de trente ou de quinze jours, selon qu'il s'agit des biens d'un vivant ou des biens d'un mort, les créanciers se réunissent sur la convocation et sous la présidence du magistrat, afin de choisir parmi eux un *magister* (1) chargé de recevoir les offres des acheteurs et de procéder à la vente (Gaius, III, § 79. — Théophile, sur le pr. *sup.* (2)) ; 3° après un nouveau délai, que Théophile mentionne sans en préciser la durée, les créanciers se présentent de nouveau devant le magistrat qui les autorise à rédiger la

(1) La compilation de Justinien ne mentionne pas ce *magister*, par l'excellente raison que la *bonorum venditio* n'était plus en usage. Mais elle consacre un titre spécial (*De cur. bon. dand.*, D., XLII, 7) au curateur dont j'ai parlé plus haut, et il est certain que dans nombre de textes elle a substitué ce curateur au *magister*, substitution assez naturelle si l'on considère que la *bonorum distractio*, devenue le droit commun sous Justinien, se faisait par le ministère d'un curateur (n° 782). Cela a conduit quelques interprètes à confondre ces deux personnes. Les différences pourtant sont assez nombreuses : 1° il y a toujours un *magister*, et nous verrons plus tard qu'il n'y a pas toujours un curateur (n° 781) ; 2° le curateur est nommé par le magistrat *ex consensu majoris partis creditorum* (L. 2 pr., *De cur. bon. dand.*), tandis que le *magister* est nommé directement par les créanciers. Gaius et Théophile s'accordent sur ce point ; 3° le curateur peut être pris en dehors des créanciers (L. 2 § 4, *De cur. bon. dand.*) ; le *magister* est nécessairement un des créanciers, c'est sur quoi Gaius et Théophile s'accordent également ; 4° enfin, ce qui est surtout important, le curateur administre et ne s'occupe pas de la vente, tandis que le *magister* n'est chargé que de vendre et demeure étranger à l'administration.

(2) D'après Théophile (sur le pr. *sup.*), les affiches ne seraient apposées qu'après la nomination du *magister*. Mais son témoignage ne saurait prévaloir sur celui de Cicéron et de Gaius, et d'ailleurs les motifs par lesquels s'explique la nécessité de ces affiches supposent bien qu'elles précèdent la première réunion générale des

lex bonorum vendendorum, c'est-à-dire un cahier des charges contenant une mise à prix. Cette mise à prix ne consiste pas en une somme fixe, mais en un dividende à payer aux créanciers. D'où, malgré le silence des textes, nous pouvons conclure avec certitude que la *lex bonorum vendendorum* devait non seulement donner l'énumération des biens à vendre et des hypothèques dont ils pouvaient être grevés, mais aussi indiquer les noms des créanciers et le montant de leurs créances (1), car tels étaient les éléments qu'il fallait porter à la connaissance des tiers pour les mettre en mesure de voir si la mise à prix correspondait à la valeur réelle des biens, s'ils pouvaient l'accepter ou même faire des offres supérieures. La *lex bonorum vendendorum* faisait, d'après Théophile, l'objet d'affiches supplémentaires, affiches qui, autant qu'un texte mutilé de Gaius (III, § 79) permet de le deviner, devaient rester apposées trente ou vingt jours durant, selon que le patrimoine à vendre était celui d'un vivant ou celui d'un mort (2).

Seconde question. — Aucun texte ne s'explique sur la question de savoir si la vente devait se faire aux enchères. Cette forme paraît bien avoir été en usage au temps de Cicéron (*Pro Quintio*, 15), et cela paraîtra tout naturel à ceux qui ne voient dans la *bonorum venditio* qu'une copie prétorienne et une extension de la *bonorum sectio*. Mais d'autre part, pourquoi exiger absolument la formalité d'une mise aux enchères, si l'on pouvait trouver, sans y recourir, des conditions aussi avantageuses que celle qu'elle eût procurées? Je serais donc porté à conclure que la vente pouvait se faire aussi bien

créanciers et même qu'elles suivent immédiatement l'envoi en possession. Si l'on tient à concilier Théophile avec Cicéron et Gaius, on peut conjecturer que la nomination du *magister* devait être rendue publique par de nouvelles affiches; car elle intéressait tous ceux qui songeaient à se porter acquéreurs.

(1) Fallait-il indiquer aussi quelles étaient les créances privilégiées? Pour la négative, on dit que les privilèges ne peuvent pas être opposés à l'acquéreur. Mais en sens inverse, on fait remarquer que les privilégiés eux-mêmes ont intérêt à être connus.

(2) Cette différence, que je signale pour la seconde fois, s'explique par une considération bien naturelle : quand les créanciers vendent les biens d'un mort, c'est que personne n'en veut; en hâtant la vente, qu'évidemment ils sont toujours libres de retarder, ils ne peuvent donc nuire à personne qu'à eux-mêmes. Au contraire, quand il s'agit de dépouiller un vivant, il faut y mettre plus de ménagement, il faut concilier son intérêt avec celui des créanciers; or des délais plus longs lui donnent quelque chance de conserver son patrimoine ou tout au moins de le voir vendre à des conditions plus avantageuses.

à l'amiable qu'aux enchères, et que tout ici dépendait de l'appréciation des créanciers (1).

Le patrimoine mis en vente était attribué à celui qui offrait le prix le plus élevé. Que si plusieurs personnes faisaient des offres égales, Gaius (L. 15, *De reb. auct. jud.*, XLII, 5) nous apprend qu'entre elles on préférait le créancier à tout autre, et parmi les non-créanciers le cognat aux étrangers ; mais il est probable que, ces causes de préférence n'existant pas, celui qui présentait le plus de garanties l'emportait sur les autres. Au surplus, quoique le prix consistât d'ordinaire en un dividende à payer aux créanciers, il pouvait sans nul doute dépasser la totalité des créances réunies, et alors l'excédant revenait au débiteur (L. 7 § 11, *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4. — L. 6 pr., *De reb. auct. jud.*, XLII, 5). Si Théophile (sur le pr. *sup.*) paraît contredire cette décision, c'est qu'il se place exclusivement dans l'hypothèse la plus pratique, celle où le patrimoine vendu était celui d'un insolvable.

484. *Troisième question.* — Le *bonorum emptor* doit être considéré tant comme successeur universel du débiteur que comme acheteur obligé en vertu de son contrat.

Comme successeur du débiteur, sa situation est comparable à celle d'un *bonorum possessor*, si ce n'est qu'on ne lui accorde aucune action générale semblable à la *possessoria hereditatis petitio*. Cette comparaison est d'une exactitude absolue en ce qui concerne les choses corporelles. En effet, si elles tombent toutes (2) et immédiatement dans le patrimoine du *bonorum emptor*, il les a seulement *in bonis :* pour en devenir propriétaire *ex jure Quiritium*, il faut donc qu'il les usucape (Gaius, III § 80) (3) ; et cette usucapion, bien évidemment, ne commence que du jour où il est entré en possession réelle ; mais à l'effet d'obtenir cette possession, on lui donne un interdit appelé *possessorium* (Gaius, IV, § 145), tout à fait semblable

(1) Pour admettre la possibilité d'une vente à l'amiable, on allègue le texte de Théophile (sur le pr. *sup.*) qui porte que le *magister* contracte avec l'acquéreur. Mais, ainsi que je l'explique plus loin, cela signifie simplement que le *magister* joue le rôle de vendeur et que c'est lui qui devient créancier du prix.

(2) Par exception, certaines choses échappent à l'acquisition du *bonorum emptor* (LL. 29 et 38 pr., *De reb. auct. jud.*).

(3) Dans ce paragraphe dont il ne nous reste que des débris, Gaius paraît indiquer une hypothèse exceptionnelle où le *bonorum emptor* devenait immédiatement *dominus ex jure Quiritium*. S'agirait-il des cas où la vente était la conséquence d'une *bonorum cessio?* On l'a conjecturé, en se fondant sur ce que la *bonorum cessio* était consacrée par une loi (Gaius, III, § 78).

à l'interdit *quorum bonorum*, et dans lequel il triomphe sans avoir besoin de prouver la propriété du débiteur.

Quant aux actions, tant réelles que personnelles, qui comptaient comme actif dans le patrimoine vendu, la même comparaison est encore exacte. En effet le *bonorum emptor* est admis à les exercer comme actions fictices, c'est-à-dire que, son nom figurant tout à la fois dans *l'intentio* et dans la *condemnatio*, la formule lui suppose expressément la qualité d'héritier, et que le juge doit statuer comme si cette qualité lui appartenait effectivement (Gaius, III, 81 ; IV, § 35). L'action ainsi conçue s'appelle *Serviana*, probablement du nom de son inventeur. Mais Gaius, qui nous la fait connaître, nous apprend en même temps qu'il existait un autre procédé : le *bonorum emptor* pouvait, à l'exemple d'un demandeur agissant *alieno nomine* (Gaius, IV, § 86), faire figurer dans l'*intentio* le nom du débiteur auquel il succédait et ne mettre le sien que dans la *condemnatio*. L'action ainsi conçue n'avait plus rien de fictice et s'appelait *Rutiliana* comme ayant été introduite par le créateur même de la *bonorum venditio*, par le préteur Rutilius, détail qui nous autorise à croire que ce second procédé est antérieur au précédent et qu'en conséquence l'assimilation du *bonorum emptor* au *bonorum possessor* ne fut pas complète dès le début.

Enfin, à l'égard des dettes, cette assimilation est encore pleinement exacte, si l'on ne considère que la forme des actions auxquelles le *bonorum emptor* est soumis : ce sont toujours, en effet, des actions utiles et fictices (Gaius, III, § 81) (1) ; mais elle serait inexacte, si l'on envisage la quantité dont il est tenu ; car tandis que le *bonorum possessor* doit payer intégralement les dettes du défunt, lui, évidemment, ne peut être poursuivi que jusqu'à concurrence du dividende promis (2).

(1) Le *bonorum emptor* ne pouvait-il pas être poursuivi par une action *Rutiliana* où son nom n'aurait été inséré que dans la *condemnatio*? L'analogie autorise à le croire, bien que Gaius ne le dise pas formellement (IV, § 35). Il n'est guère probable, en effet, que le préteur Rutilius eût établi deux formules différentes, l'une pour le *bonorum emptor* demandeur et l'autre contre le *bonorum emptor* défendeur. Je remarque, au surplus, que des poursuites dirigées par les créanciers contre le *bonorum emptor* étaient sans doute chose fort rare. Car il ne devait que son prix de vente, et c'est au *magister* qu'incombait la mission de le lui demander au nom de la masse des créanciers.

(2) Il peut se rencontrer que celui dont les biens ont été vendus fût à la fois créancier et débiteur d'un même individu. Dans ce cas, le *bonorum emptor* qui poursuit en justice le recouvrement de la créance doit indiquer dans la *condemna-*

Passant aux obligations du *bonorum emptor*, je les résume dans ces deux propositions, l'une et l'autre justifiées par un texte de Paul (L. 22 § 10, *Mand.*, XVII, 1) (1) : 1° Il est tenu de payer le prix convenu, et ce prix, quand il consiste, comme c'est l'ordinaire, en un dividende, se détermine d'après le chiffre qui exprime la totalité des créances connues au jour de la vente; 2° le *bonorum emptor* ne s'oblige pas directement envers les créanciers, mais bien envers le *magister* : c'est en ce sens que j'entends le texte où Théophile (sur le pr. *sup.*) nous représente ce *magister* comme contractant avec l'acquéreur. A lui donc appartient le droit d'exiger le prix, mais à lui aussi incombe l'obligation de le répartir entre les créanciers au nom desquels il a fait la vente (2).

485. A l'époque de Justinien, la *bonorum venditio per universitatem* était depuis plus de deux siècles remplacée par des ventes en détail (*distractiones*), et cela s'explique facilement par les raisons suivantes : 1° Elle présentait les plus graves inconvénients pour tous les intéressés : pour le débiteur, qu'elle rendait infâme; pour

tio qu'il y a lieu à déduction de la dette, et cela quel qu'en soit l'objet et quand même elle ne serait pas encore exigible (Gaius, IV, §§ 65 à 68). Je reviendrai sur cette *deductio* en étudiant la compensation. Mais dès à présent je constate deux choses : 1° ce que le *bonorum emptor* est tenu de déduire, ce n'est pas, je pense, l'intégralité de la dette, mais seulement le dividende par lui dû au défendeur; sans quoi on l'obligerait indirectement à payer au delà de son prix; 2° si, renversant notre hypothèse, on suppose le *bonorum emptor* poursuivi et non plus poursuivant du chef du débiteur, il ne paraît pas que le demandeur soit tenu de faire la *deductio*.

(1) Pour expliquer ce texte comme je le fais, il faut nécessairement admettre que les compilateurs y ont remplacé la mention du *magister* par celle du *curator*.

(2) Deux questions se présentent ici, et l'une et l'autre sont résolues par le texte précité de Paul : 1° Quelle est l'action donnée aux créanciers contre le *magister?* Ce sera l'action *mandati*, s'ils ont figuré dans les réunions préparatoires qui avaient pour objet la nomination du *magister* ou la rédaction de la *lex bonorum vendendorum;* ce sera l'action *negotiorum gestorum*, s'ils n'y ont pas figuré, mais que le *magister* ait eu néanmoins l'intention spontanée de faire aussi leur affaire. — 2° Quelle est la situation des autres créanciers absents? Ils n'ont, en principe, aucune action contre le *magister*, celui-ci n'ayant été ni leur mandataire ni leur gérant d'affaires (L. 5, *De cur. bon. dand.*, XLII, 7); mais on leur donne soit l'action *negotiorum gestorum* contre les créanciers présents, soit, lorsque ceux-ci se sont crus seuls créanciers, une action *in factum* contre le *magister*. Seulement cette dernière action suppose que les deniers par lui touchés n'ont pas encore été tous distribués aux créanciers qui se sont fait connaître (L. 5, *De cur. bon. dand.*). Il n'est donc pas vrai, comme on le dit si souvent, que les créanciers encourent déchéance faute de s'être associés aux opérations préliminaires de la vente. Tout ce qui résulte de leur absence, c'est qu'ils n'exercent aucune influence ni sur la nomination du *magister* ni sur la rédaction de la *lex bonorum vendendorum*.

les créanciers, qui devaient souvent se trouver à la merci de spéculateurs peu délicats ; enfin pour l'acquéreur lui-même, qui risquait de voir surgir un jour des hypothèques ignorées, et de subir ainsi une diminution de bénéfice, peut-être même une perte sérieuse. 2° Elle exigeait entre les créanciers une certaine entente souvent difficile à obtenir. 3° Comme les opérations préliminaires supposaient trois fois au moins le recours des créanciers au magistrat, elle n'était possible dans les provinces qu'à l'époque des *conventus* (1) ; or les *conventus* disparurent lorsque la procédure extraordinaire eut remplacé le système classique des formules. Et voilà pourquoi sans doute les Institutes (pr. *sup.*) rattachent la suppression de la *bonorum venditio* à ce changement général de procédure; c'est ainsi, du moins, que Théophile explique l'assertion de Justinien.

VIII. — DE LA CONFISCATION.

486 *a*. Dans le sens le plus général, on appelle confiscation l'attribution au fisc de biens appartenant à des particuliers (2). Considérée comme mode d'acquisition *per universitatem*, ses principales applications sont les deux suivantes : 1° elle est la conséquence ordinaire de l'indignité encourue par un héritier ou par un autre successeur universel (n° 413); 2° elle est également la conséquence de certaines condamnations criminelles (3). Cette seconde application est la seule sur laquelle je me propose d'insister.

Quand on se demande quels sont les condamnés que le fisc dépouille, il faut poser trois règles : 1° la confiscation est attachée de plein droit à toutes les condamnations qui prononcent une peine à la fois perpétuelle et capitale, savoir la mort, l'esclavage ou la perte de la cité, et dans ces cas elle porte sur le patrimoine tout entier (L. 1 pr., *De bon.*

(1) Voy. tome I, p. 154, note 2.

(2) Les mots *confiscare* et *confiscatio* datent évidemment de l'époque où l'on établit la distinction de l'*ærarium* et du *fiscus*. Sous la République, on employait les mots *publicare* et *publicatio*, parce que c'est le peuple qui devenait propriétaire des biens enlevés par l'État à des particuliers; et ces mots se retrouvent souvent encore dans la compilation de Justinien. Au surplus, si l'on en croit Spartien (*Adrian.*, 7), l'empereur Adrien transporta à l'*ærarium* les droits du fisc sur les biens des condamnés. Mais certainement cette innovation, qui eût enlevé aux princes une abondante source de revenus, ne se maintint pas.

(3) Elle peut être aussi la conséquence d'une proscription, c'est-à-dire d'une condamnation capitale sans jugement, comme le dernier siècle de la République en donna de nombreux exemples (Cicéron, *Pro Rosc. Amer.*, 43).

damn., XLVIII, 20) (1); 2° quand la peine est la rélégation ou l'exil à perpétuité, il dépend du juge de prononcer une confiscation totale ou partielle, mais le fisc n'a jamais ici d'autres droits que ceux qui résultent expressément de la sentence (L. 4; L. 14 § 1, *De int. et releg.*, XLVIII, 22); 3° en dehors de ces cas, non seulement la confiscation n'a pas lieu de plein droit, mais il est interdit au juge de la prononcer (L. 7 § 4, *De int. et releg.* — L. 39 pr., *De jur. fisc.*, XLIX, 14) (2). De ces trois règles la première seule exige quelques développements.

La confiscation n'est encourue qu'autant que la condamnation a été valablement prononcée et qu'elle est devenue irrévocable, soit par l'expiration du délai d'appel, soit par le rejet de l'appel. Donc, que le coupable meure avant ou pendant la poursuite, ou même après une condamnation dont l'appel est encore recevable, dans tous les cas il aura conservé jusqu'à la fin l'intégrité de ses droits, et ses biens passeront, selon les règles ordinaires, à ses héritiers testamentaires ou légitimes (L. 2 § 2, *De pœn.*, XLVIII, 19. — L. 11 pr., *De bon. damn.*). Tel est le principe. Mais trois exceptions (3), imputables tant à de vieux préjugés religieux qu'à l'extrême avidité des empereurs romains, y furent apportées, et les textes nous montrent la confiscation admise: 1° lorsqu'un individu surpris en flagrant délit de crime capital se tue pour éviter l'accusation (L. 3 pr., *De bon. eor. qui ante sent.*, XLVIII, 21); 2° lorsque la personne déjà accusée d'un semblable crime se tue *conscientia delicti* ou *metu criminis*, c'est-à-dire pour échapper à une condamnation qu'il lui est impossible d'éviter autrement (L. 3

(1) Le droit classique nous présente deux exceptions à cette règle : 1° Quand le condamné est un fils de famille, son pécule *castrense* appartient à son père et non pas au fisc (L. 3, C., *De bon. proscr.*, IX, 49). Et cela est logique; car, si le fils de famille fût mort intestat, son pécule *castrense* redeviendrait, comme on l'a vu (n° 297), un pécule ordinaire. Or, dans l'espèce, la *maxima* ou *media capitis deminutio* qu'il subit le fait réputer mort, et, à coup sûr, mort intestat, puisqu'elle lui enlève le droit d'avoir un testament. 2° Quand c'est une femme mariée qui est condamnée, sa dot échappe à la confiscation, excepté dans cinq hypothèses dont Ulpien nous donne l'énumération (L. 3, *De bon. damn.*). Mais que devient-elle? Pour répondre à la question, il faut distinguer si la femme a perdu la liberté ou seulement la cité. Au premier cas, la dot est traitée comme celle d'une femme morte *in matrimonio* (n° 312); au second cas, elle subsiste et demeure entre les mains du mari, parce que nonobstant la condamnation le mariage est maintenu comme mariage du droit des gens (L. 5 pr. et § 1, *De bon. damn.* — Tome I, p. 217, note 1).

(2) Toutefois, dans le premier des textes que je cite, Ulpien nous apprend que, la confiscation ayant été parfois prononcée à l'égard de condamnés à la rélégation temporaire, l'équité des empereurs blâma de telles sentences, mais leur avidité en conserva le bénéfice.

(3) Toutes les trois ont été mentionnées précédemment (tome II, page 28, note 3).

pr., §§ 1, 3, 4 et 6, *De bon. eor. qui ante sent.*) (1); 3° lorsque, dans le cours des poursuites, un accusé de haute trahison (2) périt d'une mort même involontaire (Inst., § 5, *De hered. quæ ab int.*, III, 1). Ces trois hypothèses, toutefois, ne paraissent pas soumises à des règles absolument identiques. Dans la première, la confiscation est inévitable, parce que la preuve du crime est suffisamment acquise. Dans la seconde, quoique le suicide de l'accusé soit considéré comme un aveu, ses héritiers peuvent demander à établir son innocence, et ce n'est qu'autant qu'ils n'y réussissent pas que le fisc recueille (L. 3 §§ 6 et 8, *De bon. eor. qui ante sent.*). Dans la troisième, enfin, les héritiers n'ont pas à fournir directement la preuve de la non-culpabilité du défunt; mais, comme par exception l'accusation de *perduellio* ne s'éteint pas par la mort de l'accusé, et que le procès continue contre sa mémoire, ils ont le droit d'y intervenir afin de détruire les arguments de l'accusateur et de soustraire ainsi les biens au fisc (L. 11, *Ad leg. Jul. maj.*, XLVIII, 4).

487 *a*. Les effets de la confiscation ne sont pas absolument limités aux biens actuels du condamné; elle agit jusqu'à un certain point dans le passé et sur l'avenir. D'une part, en effet, les aliénations que le condamné a consenties dans le cours de la poursuite, ou peut-être même depuis la perpétration du crime, ne peuvent être opposées au fisc qu'autant qu'elles ont été faites à titre onéreux et sans fraude, c'est-à-dire sans intention de diminuer le patrimoine menacé de confiscation (L. 15, *De donat.*, XXXIX, 5. — L. 11 § 1, *De bon. damn.*) (3). D'autre part, les biens qu'il aurait acquis depuis sa condamnation, et ceci suppose qu'il n'a perdu que le droit de cité, peuvent, au jour

(1) Si, au contraire, le suicide n'a eu d'autre cause que le dégoût de la vie ou l'impatience de la douleur, la confiscation cesse. Il est curieux de remarquer que cette distinction faite par la législation romaine entre le suicide de l'innocent et celui du coupable se retrouve dans les enfers de Virgile (*Æneid.*, VI, v. 434 et s.), ce qui prouve bien que les idées religieuses concoururent pour leur part à former la théorie de la confiscation.

(2) A l'époque classique, la *perduellio* ou haute trahison n'était qu'un cas, le plus fréquent, il est vrai, du crime de lèse-majesté (*majestas*) (L. 11, *Ad leg. Jul. maj.*, XLIX, 4) : elle supposait chez le coupable une intention hostile contre l'État ou contre le prince. Dans le droit de Justinien, les deux expressions paraissent se confondre, comme le prouve notamment le rapprochement de deux textes des Institutes (§ 5, *De hered. quæ ab int.* — § 3, *De publ. jud.*, IV, 18).

(3) Ceci est inapplicable dans le cas de condamnation pour lèse-majesté; car alors le coupable a perdu, dès le jour de l'accusation, le droit d'administrer ses biens (L. 11 § 1, *De bon. damn.*).

de sa mort, être revendiqués par le fisc (L. 15 pr., *De int. et releg.* — L. 2, C., *De bon. proscr.*, IX, 49).

La confiscation entraîne les charges suivantes : 1° Le fisc est tenu de payer les dettes, mais seulement jusqu'à concurrence de l'actif, et, par voie de conséquence, il faut décider ici, comme en matière de successions vacantes, que, si le débiteur est insolvable, les créanciers ont le droit de procéder à la *bonorum venditio* (L. 1 § 1; L. 11, *De jur. fisc.*) (1). 2° Si le condamné a des descendants naturels ou adoptifs qui eussent été appelés par le droit civil ou par le droit prétorien à lui succéder dans l'ordre des *sui heredes*, une moitié des biens doit leur être restituée (L. 1 §§ 1 et 2 ; L. 7 § 2, *De bon. damn.* — L. 10, C., *De bon. proscr.*) (2). Cette décision, conséquence évidente de la copropriété du père et des enfants, ne fut jamais, à raison même de son origine, étendue aux descendants d'une femme condamnée (L. 7 pr., *De bon. damn.* — L. 6, C., *De bon. proscr.*). 3° Si le condamné est un affranchi, le droit du patron ou des enfants du patron est respecté ; ils recueillent donc, nonobstant la confiscation, toute la part dont l'affranchi ne pouvait pas les dépouiller légitimement (L. 7 § 2 ; L. 8 pr., *De bon. damn.*).

La législation qui vient d'être exposée est encore celle qui figure au Code de Justinien. Mais, sur la fin de son règne, ce prince la modifia dans un sens tout à fait humain, en décidant (Nov. 134, cap. 13) que les biens des condamnés à une peine capitale ne seraient plus dévolus au fisc qu'à défaut de descendants ou ascendants à un degré quelconque et de collatéraux jusqu'au troisième degré inclusivement (3). Il voulut, en outre, que la femme légitime du condamné obtînt non seulement la restitution de sa dot, que déjà le droit antérieur lui assu-

(1) En principe, comme je l'ai déjà fait observer (n° 182), les créanciers n'obtiennent aucune restitution contre le condamné (L. 7 §§ 2 et 3, *De cap. min.*, IV, 5). Mais il est évident que cette règle fléchirait, si la condamnation n'emportait pas perte de la liberté, et que le condamné eût conservé une partie de ses biens, soit par l'effet de la sentence elle-même, soit par une concession spéciale du prince.

(2) Par exception, le bénéfice de cette restitution est refusé soit aux enfants du condamné pour crime de *perduellio* (L. 10, C., *De bon. proscr.*), soit, dans toute hypothèse, aux enfants adoptifs, lorsque l'adoption n'a eu d'autre but que de réduire les droits du père (L. 7 § 2, *De bon. damn.*). Il n'est pas accordé non plus aux enfants de celui qui ne subit la confiscation que jusqu'à concurrence de la moitié de ses biens (L. 1 § 3, *De bon. damn.*).

(3) Une difficulté s'élève ici sur le texte de la novelle. Elle porte, en effet, que le fisc est exclu par les ascendants jusqu'au troisième degré, et elle se tait sur les collatéraux, qui sembleraient ainsi rester sous l'empire du droit antérieur. Mais,

rait, mais aussi celle de la donation *propter nuptias;* à défaut de femme légitime, la concubine elle-même et les enfants naturels du condamné purent opposer au fisc les droits que les constitutions de Justinien leur accordaient contre les héritiers (n° 471).

DES OBLIGATIONS

NOTIONS GÉNÉRALES.

SOMMAIRE : I. Définition de l'obligation. — II. Classification générale des obligations. — III. Classification des sources des obligations.

I. — DÉFINITION DES OBLIGATIONS.

Lib. III, tit. XIII, *De obligationibus*, pr. — Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura.

Passons maintenant aux obligations. L'obligation est un lien de droit qui nous soumet à la nécessité de payer quelque chose, conformément au droit de notre cité.

488. La comparaison précédemment établie (n° 189) entre les droits de créance et les droits réels a mis en relief cette idée fondamentale que tout ce qui est créance pour une personne est en même temps obligation pour une autre. Les mots créance et obligation expriment donc les deux faces inverses d'une seule et même chose; et en définissant le droit de créance, je n'ai fait que définir l'obligation considérée au point de vue actif. Reste à la définir au point de vue passif, et c'est ce que font ici les Institutes. Leur définition énonce ou implique les quatre idées suivantes :

1° L'obligation, ainsi que l'indique très-bien l'étymologie du mot (*ob* et *ligare*), crée un lien (*vinculum*). Or, nécessairement, un lien a deux aboutissants, il suppose deux sujets, l'un actif, l'autre passif. Ce langage métaphorique signifie donc que l'obligation a pour effet, étant donné deux personnes déterminées, d'assujettir dans une certaine mesure l'une à l'autre, ôtant à celle-là quelque chose de sa

comme il n'est guère croyable que Justinien se préoccupe de l'hypothèse presque impossible d'un condamné qui aurait des ascendants au delà du troisième degré, quelques interprètes ont cru à la probabilité d'une omission et ont rétabli la pensée de la novelle telle que je la présente.

liberté naturelle et à l'inverse faisant acquérir à celle-ci un avantage qui n'est pas contenu dans le simple exercice de la sienne. La personne liée s'appelle débiteur (*debitor* ou *reus*), celle qui est maîtresse du lien prend le nom de créancier (*creditor*) (1).

2° Ce lien est un lien de droit (*vinculum juris*), c'est-à-dire que la loi met à la disposition du créancier certains moyens de contrainte, dont les principaux sont les actions et les voies d'exécution (2). Par là l'obligation se distingue profondément des simples devoirs, dont l'observation, abandonnée à notre seule conscience, n'est garantie par aucune sanction de création humaine. Mais par là aussi le droit de créance ressemble à tous les autres droits; car où la sanction manque, le droit lui-même, selon la loi positive, n'existe pas.

3° L'obligation a un objet déterminé consistant en un service que le débiteur doit rendre au créancier (*alicujus solvendæ rei*) (3); et ce service, dont les Institutes ne précisent pas la nature, présente lui-même deux caractères invariables : il consiste ou dans l'accomplissement d'un acte que le droit commun ne nous impose pas, ou dans l'abstention d'un acte naturellement permis, et il est appréciable en argent (L. 9 § 2, *De statulib.*, XL, 7).

4° L'obligation ne prend naissance qu'autant qu'elle est conforme au droit de la cité (*secundum civitatis nostræ jura*). Cette idée, malgré

(1) Il faut faire ici deux observations : 1° Conformément à son étymologie (*credere*), le mot *creditor* ne s'appliqua d'abord qu'à celui qui était devenu créancier volontairement, car lui seul avait fait acte de confiance envers le débiteur. Puis, comme les droits de créance ont tous une sanction indépendante de leur origine, on tint pour semblable à un *creditor* (*creditoris loco*) celui qui avait acquis une créance à son insu ou contre son gré, et, finalement, on n'hésita plus à l'appeler *creditor* (LL. 10, 11, 12 pr., *De verb. sign.*, L. 16). 2° Anciennement, le créancier, comme le débiteur, s'appelait *reus*, et voici pourquoi : ce mot désignait proprement toute personne engagée dans un procès sur lequel il y avait eu *litis contestatio* (Cic., *De orat.*, II, 43 et 79. — Festus, v° *Reus*). Or, toute obligation contient les éléments d'un procès dont les parties sont déterminées d'avance : on pouvait donc, en considérant le rôle que le créancier et le débiteur joueraient peut-être un jour, les appeler dès à présent *rei*. Plus tard, l'usage ayant restreint l'application du mot *reus* au défendeur, on dut aussi par voie de conséquence la restreindre au débiteur. Et néanmoins, nous trouvons encore dans la compilation de Justinien les expressions *reus stipulandi* et *reus satis accipiendi*, la première désignant celui qui devient créancier par stipulation; la seconde, le créancier qui reçoit un fidéjusseur (Inst., *De duob. reis stip. et prom.*, III, 16. — L. 1, *De duob. reis*, XLV, 2. — L. 5, *De fid.*, XLVI, 1. — L. 34 § 8, *De sol.*, XLVI, 3).

(2) La même idée se trouve reproduite dans la suite du texte par ces mots : *necessitate adstringimur*.

(3) L'objet de l'obligation s'appelle *debitum* ou *res debita*.

son incontestable justesse, ou plutôt à raison même de son évidence, n'avait pas besoin d'être énoncée dans la définition. Car en aucun pays il n'y a de droit en dehors de la loi nationale (1), et par conséquent, lorsque Justinien définit l'obligation un lien de droit, c'est nécessairement à sa propre législation qu'il se réfère.

Il ressort de cette analyse que toute obligation implique essentiellement deux parties ; un objet et une sanction légale. Que ma définition soit donc celle-ci : l'obligation est un rapport juridique entre deux personnes, dont l'une est spécialement tenue de procurer à l'autre le bénéfice d'un fait ou d'une abstention déterminés et susceptibles d'estimation (2).

489. Cette définition contient plusieurs propositions dont chacune a son importance pratique :

1° L'obligation consiste en un rapport tout personnel, d'où cette conséquence : tandis que la propriété s'aliène facilement parce que le droit exclusif et absolu qu'elle comporte ne se modifie pas en changeant de titulaire, l'obligation, elle, ne peut subsister qu'entre les personnes qui ont été parties à sa formation ; car l'une d'elles venant à changer, la relation personnelle ne serait plus la même, le droit serait altéré. Donc non seulement il n'est pas au pouvoir du débiteur de s'affranchir de la charge qui le grève en la faisant passer sur la tête d'un tiers, en cela les déductions de la logique s'accordent pleinement avec l'équité et avec les besoins de la pratique ; mais le créancier lui-même, doctrine quelque peu subtile et incommode, ne peut

(1) Ce principe n'empêche pas qu'une législation ne puisse et, jusqu'à un certain point, ne doive consacrer l'application des lois étrangères dans les rapports des étrangers entre eux ou avec les nationaux. C'est ainsi que, dans l'Empire romain, tous les *peregrini* qui appartenaient à une *certa civitas* restaient soumis au droit spécial de leur cité (n° 49. — Gaius, III, § 96).

(2) La remarque déjà faite (tome I, page 449, note 1) sur le sens du mot français *obligation* convient également au mot latin *obligatio*. Il signifie tantôt dette, tantôt créance, et certainement ce dernier sens est celui qu'il affecte dans la rubrique du titre *per quas personas nobis obligatio acquiritur* (Inst., III, 28), comme aussi dans tous les textes où l'obligation est présentée comme objet d'acquisition (L. 9 § 8, *De reb. cred.*, XII, 1. — L 126, § 2, *De verb. obl.*, XLV, 1). Plus spécialement, la dette s'appelle *debitum*, et l'ensemble des dettes d'une même personne *æs alienum* (L. 39 § 1, *De verb. sign.*, L, 16). Quant à la créance, on l'appelle aussi parfois *debitum* (Gaius, II, § 35. — Ulp., XIX, § 14), mais plus ordinairement *nomen* ou *nomen debitoris* (L. 1 pr., *De S.c.t. Mac.*, XIV, 6. — L. 34 pr. ; L. 59, *De leg.* 3°, XXXII), et cela sans doute, parce que, de même que la désignation d'un droit de propriété implique désignation de la chose sur laquelle il porte, de même le créancier ne peut donner une idée nette de son droit, ni le constater sur son *codex*, sans prononcer ou écrire le nom du débiteur.

jamais à titre particulier transporter à qui que ce soit sa qualité et ses droits (1). Bien mieux, c'est en vain que le créancier et le débiteur s'accorderaient pour substituer une tierce personne à l'un d'eux : cette substitution ne peut s'opérer que moyennant l'extinction de l'obligation actuelle et la création d'une obligation nouvelle (Gaius, II, § 38).

2° L'objet de l'obligation est déterminé comme les parties elles-mêmes. Donc, de même qu'elle exclut tout changement dans les personnes, de même elle est immuable dans son objet, j'entends qu'il ne peut être modifié ou changé ni par la volonté de l'une des parties, ni par leurs deux volontés réunies ; tout ce qu'elles peuvent faire ici encore, c'est d'anéantir l'obligation actuelle pour en créer une autre qui portera sur un objet différent.

3° L'obligation n'a jamais pour objet que le fait ou l'abstention du débiteur. D'où il résulte qu'il ne faut pas confondre le droit immédiat qu'elle engendre par elle-même avec le bénéfice plus ou moins reculé que doit procurer son exécution. Cela est de toute évidence pour le cas où une personne s'oblige, par exemple, à me construire une maison ou à me transférer la propriété d'une chose qui ne lui appartient pas. Mais cela est également vrai, et c'est ici surtout qu'apparaît l'importance de mon observation, si l'on suppose le débiteur obligé à transporter la propriété de sa propre chose. Ainsi vous m'avez promis votre cheval ou votre fonds : cette promesse n'a pas établi à mon profit un droit direct sur la chose, elle m'autorise simplement à vous en demander la tradition ou la mancipation ; en d'autres termes, je suis devenu créancier, mais non pas propriétaire, et, d'une manière plus générale, de même qu'aliéner n'est pas s'obliger, de même s'obliger n'est pas aliéner (L. 3 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 1).

4° L'objet de l'obligation étant appréciable en argent, toute obligation modifie nécessairement le patrimoine de chaque partie. L'une la compte dans ses biens, l'autre la déduit des siens. Et de là cette conséquence remarquable que toute acquisition *per universitatem*, c'est-à-dire toute succession à l'ensemble ou à une quote-part d'un patri-

(1) Malgré les justes critiques dont cette doctrine a été l'objet, l'analyse y découvre quelque chose d'exact en ce sens qu'il n'est pas toujours indifférent au débiteur d'avoir pour créancier tel individu plutôt que tel autre. On peut dire qu'en cédant son droit le créancier modifie la situation du débiteur, et de là, sans doute, la défaveur qui paraît s'être de tout temps attachée aux transports de créance. Au surplus, on verra plus loin que, sous le système formulaire, la théorie de la *procuratio ad litem* vint corriger l'exagération de la règle primitive et rendre les créances cessibles (Gaius, II, § 39).

moine, comprend, à côté des choses corporelles, les créances et les dettes, et cela encore que le successeur ne soit ni un héritier ni un de *ceux qu'on assimile aux héritiers*. Seulement, il y a une grande différence à faire entre les créances et les dettes : les créances, en effet, passent toujours tout entières au successeur *per universitatem*, tandis que les dettes ne lui incombent pour le tout qu'autant qu'il est réputé continuer ou représenter la personne du débiteur ; sinon, de même que son obligation puise toute sa raison d'être dans l'acquisition, de même aussi elle y trouve sa mesure, et il n'est tenu que jusqu'à concurrence de l'actif recueilli.

5° Enfin, l'obligation une fois née est naturellement perpétuelle, en ce sens qu'aucun laps de temps ne suffit à la faire disparaître (Inst., § 3, *De verb. obl.*, III, 15) ; car le laps de temps ne saurait par lui-même modifier une relation une fois établie entre deux personnes. Ce principe, d'une portée tout à fait générale, s'applique, quelle que soit la cause de l'obligation (1), et l'on verra plus tard (n° 527) que le droit civil le poussa jusqu'à l'exagération en lui conservant son effet nonobstant la volonté contraire des parties.

490 *a*. Pour compléter ces notions générales, je dois essayer d'expliquer la séparation absolue que les Romains ont toujours maintenue entre les modes d'acquérir la propriété à titre particulier et les modes de devenir créancier ou débiteur (L. 3 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7. — L. 20, C., *De pact.*, II, 3). La question a deux aspects.

Il faut d'abord comprendre pourquoi les modes d'acquérir la propriété sont inapplicables en matière d'obligations. Or, on se rappelle que ces modes se divisent en deux catégories, d'une part l'occupation, mode originaire, et d'autre part les six modes dérivés (n° 219). L'occupation, fait simple qui consiste dans la prise de possession d'une chose *nullius*, établit immédiatement un rapport entre l'occupant et la chose occupée, elle engendre donc la propriété qui n'est qu'un rapport entre une personne et une chose; mais il est visible qu'elle ne crée

(1) Il s'applique même aux obligations nées d'un contrat de bonne foi. Plusieurs interprètes, il est vrai, enseignent sans hésiter une doctrine contraire, se fondant sur ce que la société, le mandat, le louage d'ouvrage, s'éteignent par la mort des parties. Mais je ne puis voir là qu'une confusion : ce que la mort des parties fait cesser, c'est le contrat lui-même, c'est la cause productrice d'obligations; quant aux obligations déjà nées, elles subsistent sans aucun doute. Paul dégage très nettement cette idée, en disant que la mort du mandant éteint le mandat sans éteindre l'action *mandati*, et que la mort du mandataire n'empêche pas son obligation d'être perpétuelle (L. 58 pr. ; L. 59 § 5, *Mand.*, XVII, 1).

aucune espèce de relation entre les personnes, et voilà pourquoi elle ne saurait être génératrice d'obligations. Quant aux modes dérivés, à la fois modes d'aliéner et d'acquérir, leur fonctionnement ne se conçoit que moyennant deux conditions, savoir que le droit à aliéner préexiste, et que sa nature ne répugne pas à un changement de titulaire. Par cela même on ne pouvait songer à les faire intervenir ni pour créer une obligation, puisque alors ils se seraient appliqués à un droit non encore existant, ni pour transmettre une obligation déjà née, puisque les obligations sont incessibles. Il n'est donc pas étonnant que ceux mêmes de ces modes qui se prêtent à la transmission des choses incorporelles soient toujours demeurés sans application aux créances.

Maintenant, et c'est ici la seconde face de notre question, les faits que la loi déclare propres à engendrer des obligations pouvaient-ils logiquement être considérés comme suffisants pour transférer la propriété? Dès à présent, et sans les avoir encore étudiés, on peut répondre non. En effet, les obligations, d'après la définition même, ne naissent que de faits propres à établir entre deux personnes déterminées un état de choses que la nature n'a pas établi d'une manière générale entre tous les hommes. Mais une modification dans les relations de deux personnes ne saurait à elle seule entraîner modification dans les relations entre les personnes et les choses. Et voilà pourquoi, comme je le faisais remarquer tout à l'heure, la promesse de transférer la propriété est par elle-même impuissante à opérer ce transport.

II. — CLASSIFICATION GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS.

Lib. III, tit. XIII, *De obligationibus*, § 1. — Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur : namque aut civiles sunt aut prætoriæ. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ aut certe jure civili comprobatæ sunt. Prætoriæ sunt, quas prætor ex sua jurisdictione constituit, quæ etiam honorariæ vocantur.

Toutes les obligations, c'est là leur division principale, rentrent dans deux classes : en effet, elles sont ou civiles ou prétoriennes. Sont civiles celles qui ont été établies par des lois ou tout au moins consacrées par le droit civil. Sont prétoriennes ou autrement dites honoraires, celles que le préteur a établies en vertu de sa juridiction.

491. Je ne m'attacherai pour le moment qu'à deux classifications tout à fait essentielles; car elles détermineront le plan général de cette étude.

1° Les obligations, selon la source du droit qui les a créées (*constitutæ*) ou reconnues (*comprobatæ*), sont dites civiles ou honoraires. On appelle civiles celles qui dérivent ou d'une loi proprement dite ou de toute autre source du droit civil; honoraires, celles qui n'ont été introduites que par l'édit des magistrats (§ 1 *sup.*) (1). Les obligations honoraires constituent un droit de seconde formation qui s'ajoute au droit civil et le complète, mais sans jamais en déranger l'économie ni en restreindre l'application. Aussi ne sont-elles pas même mentionnées dans les commentaires de Gaius; car il entre dans le plan de cet ouvrage, qui n'est qu'un tableau abrégé du droit civil, de ne toucher à la législation honoraire que d'une manière incidente et alors seulement qu'elle a pour résultat pratique de détruire ou d'entamer la vieille législation (2). Ce qui est plus remarquable, c'est que les Institutes de Justinien, après avoir constaté qu'il y a des obligations honoraires, n'y affectent aucun développement spécial : le peu qu'elles en disent se trouve égaré soit dans la théorie des obligations civiles, soit dans celle des actions. Ce défaut de méthode s'expliquera facilement, lorsque j'aurai fait connaître les principaux procédés que le magistrat emploie pour créer des obligations (nos 715 et s.).

2° Quand on envisage les obligations au point de vue de leur effet, on les partage en civiles et en naturelles. En ce sens on appelle civiles, quelle que soit la source du droit qui les consacre, toutes celles qui aboutissent à une action; naturelles, celles auxquelles cette sanction suprême est refusée. D'un côté donc, le lien de droit se manifeste dans toute sa force, et s'il arrive que l'obligation reste inexécutée, ce ne peut être que par l'insolvabilité du débiteur. De l'autre côté, le lien de droit est très-faible; il n'apparaît pratiquement que dans des circonstances rares et accidentelles où le créancier peut en tirer parti sans agir ou tout au moins sans en faire la cause directe de son action : hors de là, l'exécution dépend absolument du débiteur. A raison de cette imperfection, l'obligation naturelle n'est pas, aux yeux des jurisconsultes, une véritable obligation : Papinien n'y voit qu'un lien d'équité (L. 95 § 4, *De solut.*, XLVI, 3); et d'autres jurisconsultes

(1) En cette matière comme partout, l'édit le plus fécond fut celui des préteurs. Aussi Justinien commet-il ici la confusion précédemment signalée entre les mots prétorien et honoraire (n° 19).

(2) Par exemple, il était obligé de s'étendre assez longuement sur les *bonorum possessiones*, sous peine de donner une idée fausse du droit successoral qu'on appliquait de son temps.

n'hésitent pas à dire qu'elle n'engendre ni créancier ni débiteur, et que de telles qualifications employées en cette matière sont impropres et abusives (L. 16 § 4, *De fid.*, XLVI, 1. — LL. 10 et 108, *De verb. sign.*, L, 16). Cette observation n'est pas sans importance : j'en conclus que non seulement ces obligations n'appartiennent pas à la législation primitive (un législateur, en effet, ne reconnaît pas des obligations pour les abandonner, ou, peu s'en faut, au bon vouloir du débiteur), mais que toujours elles restèrent en dehors du droit proprement dit. Aussi ne les rattache-t-on jamais ni au droit civil ni au droit prétorien : elles furent le produit d'une réaction de l'équité contre le droit, et cette réaction eut pour instrument une jurisprudence qui ne pouvait pas ou ne voulait pas faire la loi. Voilà pourquoi ces obligations furent si incomplètement sanctionnées ; voilà pourquoi aussi les sources que nous connaissons ne s'en occupent jamais que par occasion et d'une manière incidente (1).

Ces deux classifications posées, nous avons devant nous trois couches successives d'obligations : 1° les obligations civiles dans les deux sens du mot : ce sont les plus anciennes et les plus nombreuses, ce sont aussi les plus importantes ; 2° les obligations honoraires, postérieures en date, mais non moins complètes dans leurs effets ; 3° enfin les obligations naturelles qui, sans briser ni élargir les théories des droits civil et honoraire, viennent avec beaucoup de timidité et dans une mesure fort insuffisante les adoucir ou les compléter. Par la marche même de ce développement, on devine que la théorie générale des obligations se confond avec celle des obligations civiles. Ce n'est donc qu'après avoir épuisé cette première catégorie que j'aborderai spécialement les deux autres ; jusque-là je ne toucherai aux obligations honoraires ou naturelles qu'autant qu'il le faudra pour être clair et complet sur les obligations civiles elles-mêmes.

(1) Si l'on veut connaître dès à présent les autres classifications des obligations, voici, en laissant de côté celle qui fera l'objet du numéro suivant, quelles sont les principales : 1° les unes sont du droit des gens, les autres du droit civil : ces dernières sont l'exception, et j'aurai soin de les indiquer à mesure qu'elles se présenteront; 2° on oppose les obligations de donner aux obligations de faire ou de ne pas faire; 3° il y a des obligations certaines et il y en a d'incertaines ; 4° les unes sont divisibles et les autres indivisibles ; 5° il y en a de pures et simples, d'autres sont soumises à une modalité ; 6° dans les unes il n'y a qu'un sujet actif et qu'un sujet passif, d'autres, au contraire, ont plusieurs sujets ou activement ou passivement ; 7° enfin, on distingue des obligations principales et des obligations accessoires. Je ferai rentrer l'exposé des six dernières divisions dans l'étude du contrat de stipulation.

III. — CLASSIFICATION DES SOURCES DES OBLIGATIONS.

Lib. III, tit. XIII, *De obligationibus*, § 2. — Sequens divisio in quatuor species deducitur : aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio.

Voici une autre division qui comprend quatre branches : en effet, les obligations naissent ou d'un contrat, ou comme d'un contrat, ou d'un délit, ou comme d'un délit.

492. Les sources, ou, pour parler comme les Romains, les causes des obligations sont les faits très-variés qui leur donnent naissance. D'après les Institutes de Justinien (§ 2 *sup.*), ces faits se divisent en quatre catégories. Deux ont un nom technique, ce sont les contrats et les délits (1); les deux autres ne sont désignées que par voie de périphrase et de comparaison : on dit que l'obligation naît comme d'un contrat ou comme d'un délit. La différence entre les contrats et les délits est très-nette : sans prétendre pour le moment donner des définitions complètes, qui dit contrat suppose une convention ou accord de plusieurs volontés, qui dit délit suppose un dommage causé à autrui contrairement au droit. Maintenant, si l'on remarque, d'une part, que les conventions sont par elles-mêmes des faits licites, tandis que les délits sont des faits essentiellement illicites, d'autre part, que parmi les faits générateurs d'obligations il y en a qui peuvent être licites sans être des conventions et d'autres qui peuvent être illicites sans avoir été qualifiés délits, on comprendra tout de suite la signification des deux autres sources : l'obligation naît comme d'un contrat, lorsqu'elle a sa cause dans un fait licite autre qu'une convention; elle naît comme d'un délit, lorsque sa cause est dans un fait illicite qui n'a pas été qualifié délit. Cette division, devenue classique, paraît avoir été empruntée à Gaius qui, dans ses *res quotidianæ* (L. 1 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7), faisait dériver les obligations des contrats, des délits,

(1) Pour désigner le délit, la langue latine a deux mots techniques, *delictum* et *maleficium*. Gaius emploie le premier dans ses commentaires (III, §§ 88 et 182), le second dans ses *res quotidianæ* (LL. 1, 4 et 5, *De obl. et act.*). Quant aux Institutes de Justinien, elles se servent de l'un ou de l'autre, selon celui des deux ouvrages de Gaius qu'elles copient (§ 2 *sup.* — *De obl. quæ ex del. nasc.*, IV, 1). Dans un langage moins usité et moins technique, le délit s'appelle aussi *peccatum* (L. 52, pr. et § 8, *De obl. et act.* — L. 244, *De verb. sign.*, L, 16). Enfin on trouve également, mais surtout lorsqu'il s'agit de délits commis par des personnes *alieni juris*, les mots *noxia* (Inst., § 1, *De nox. act.*, IV, 8. — L. 1 § 1, *Si quadr.*, IX, 1), et *noxa* (L. 20, *De nox. act.*, IX, 4. — L. IV 17 § 18, *De æd. ed.*, XXI, 1. — L. L. 131, pr., 130 § 3, *De verb. sign.*, L, 16).

ou encore *ex variis causarum figuris*, c'est-à-dire de faits divers offrant les uns l'image d'un contrat et les autres l'image d'un délit. Que tel soit bien le sens de cette expression un peu vague, c'est ce qui ressort des développements que le jurisconsulte donne à sa pensée, puisque après avoir traité des contrats (L. 1 §§ 1 à 15, *De obl. et act.*) et des délits (L. 4, *eod. tit.*), il passe précisément aux obligations que les Institutes nous présenteront plus tard comme nées de faits semblables à des contrats ou à des délits, et lui-même emploie alors les expressions *obligatio quasi ex contractu* et *quasi ex maleficio* (L. 5, surtout §§ 1, 4, 5, 6, *eod. tit.*). Comment donc se fait-il que ce même Gaius dans ses commentaires (III, § 88; IV, § 2) réduise les sources des obligations à deux, les contrats et les délits? Certainement, sa pensée n'est pas de nier l'existence des deux autres sources; mais, au lieu de s'attacher ici au sens absolument rigoureux des mots, il comprend parmi les contrats les faits semblables aux contrats, et parmi les délits les faits semblables aux délits. Et en cela il parle le langage ordinaire des jurisconsultes, qui en présence de faits engendrant des obligations *quasi ex contractu* n'hésitent pas à employer le mot contrat (L. 16, *De neg. gest.*, III, 5. — L. 3 § 3; L. 4, *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4. — L. 9 pr., *De duob. reis*, XLV, 2. — LL. 19 pr. et 23, *De reg. jur.*, L, 17), de même qu'ils appellent volontiers délit tout fait illicite qui préjudicie à autrui (L. 1 § 8, *De his qui effud.*, IX, 3) (1). Ce langage n'est même pas absolument étranger aux Institutes (§ 1, *De act.*, IV, 6).

En résumé, les sources des obligations sont classées de deux façons fort différentes. Tantôt on se contente de distinguer entre les sources licites et les sources illicites; tantôt on établit une subdivision dans chacune de ces deux catégories. Serait-il sage de condamner l'une ou l'autre de ces classifications? Non, s'il est possible de les expliquer toutes les deux, et pour cela il suffit de remarquer qu'elles ne sont pas conçues au même point de vue. Quand on assigne quatre sources aux obligations, c'est qu'on les envisage dans la manière dont elles se

(1) Je suis très-porté à croire que Gaius est le premier qui ait expressément distingué les obligations *quasi ex contractu* et *quasi ex delicto* des obligations résultant des contrats ou des délits proprement dits. Tout au moins est-il le seul qui paraisse avoir tenu compte de cette distinction dans le plan général de son exposition. Cependant Ulpien parle quelque part d'une obligation née *quasi ex contractu* (L. 11 § 9, *De int. in jur.*, XI, 1). — Au surplus, j'ai intentionnellement laissé de côté un texte de Modestin (L. 52 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7) où les sources des obligations sont classées de la façon la plus confuse et la moins scientifique.

forment; quand, au contraire, on les ramène à deux sources, c'est qu'on les prend toutes formées et qu'on s'attache seulement au caractère de l'action qui les sanctionne: or, que l'obligation naisse d'un contrat ou comme d'un contrat, elle aboutit toujours à une action dite *rei persequendæ gratia;* qu'au contraire elle naisse d'un délit ou comme d'un délit, elle aboutit à une action d'une tout autre nature et qu'on appelle pénale. La vérité est donc que pour étudier les obligations dans leurs effets, ou, ce qui est même chose, dans les actions qu'elles engendrent, il n'y a pas besoin de leur assigner plus de deux sources, il suffit de distinguer si elles dérivent de faits licites ou de faits illicites. Mais quand on se propose d'étudier leur formation, et tel est ici notre objet, mieux vaut prendre pour base la classification des Institutes, qui repose sur une analyse plus complète (1).

DES CONTRATS

IDÉE GÉNÉRALE ET CLASSIFICATION DES CONTRATS.

Lib. III, tit. XIII, *De obligationibus*, § 2 (*suite*). — Prius est ut de iis quæ ex contractu sunt dispiciamus. Harum æque quatuor sunt species : aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu. De quibus singulis dispiciamus (Gaius, III, § 89).

Il faut étudier en premier lieu les obligations qui naissent d'un contrat. Or, elles se partagent auss en quatre classes : en effet, les contrats se forment ou *re* (2), ou par des paroles, ou par des écritures, ou par le seul consentement. Examinons une à une ces quatre classes.

(1) On remarquera que c'est le droit civil lui-même qui sanctionne tous les contrats et les faits assimilés aux contrats. Sans doute le droit honoraire attacha la même force obligatoire à d'autres faits licites, conventions ou autres, que le droit civil avait négligés; et dès lors on aurait pû dire que ces faits engendrent des obligations contractuelles ou quasi-contractuelles, mais on ne le fit pas : la langue juridique distingua toujours entre les créations du droit civil et les innovations du magistrat. Quant aux obligations résultant de faits illicites, la distinction n'est plus aussi nette : il paraît certain que de tels faits, même quand ils n'étaient prévus et punis que par l'édit, s'ajoutèrent à la liste des délits ou des faits réputés semblables aux délits (L. 1 § 2, *De priv. del.*, XLVII, 1).

(2) Ce mot *re* est de ceux qui ne peuvent pas être fidèlement rendus en un bon français. Quelques-uns ont traduit *par la chose;* mais qu'est-ce qu'une obligation formée par la chose? Notre langue ne s'accommode pas d'un pareil vague. Essayera-t-on de traduire *re* par *fait* ou par *tradition?* Le mot *fait* est beaucoup trop large, puisque toute obligation, contractuelle ou non, dérive d'un fait; et le mot *tradi-*

493. Les contrats, par cela même qu'ils sont l'œuvre commune et réfléchie des deux parties, sont aussi la plus usuelle des sources d'obligations et la seule vraiment normale (1). Quant aux faits qu'on assimile aux contrats, non-seulement le nombre en est fort restreint, mais plusieurs sont d'une application rare. A l'égard des faits illicites, leur caractère exceptionnel s'accuse par leur nom même ; et si la science du droit leur fait une place, ce n'est que par force, parce qu'il est impossible de les supprimer de la vie pratique. De cette observation il résulte que l'étude des contrats doit logiquement précéder celle des autres sources, et telle est, en effet, la marche suivie par les Institutes (§ 2 *sup.*).

Qu'est-ce donc qu'un contrat? Il est fort remarquable que les jurisconsultes, qui mettent le plus grand soin à classer les contrats et à préciser le caractère distinctif de chaque classe, ne se préoccupent pas d'en donner la définition générale; et cela n'étonnera personne, quand on aura vu que cette définition ne saurait être à la fois assez large pour convenir à tous les contrats et assez précise pour nous permettre de les reconnaître à première vue avec certitude, si d'avance nous n'en possédons par cœur la liste exacte.

Au fond de tout contrat, comme élément vital et essentiel, on trouve deux choses : d'abord une convention ou pacte, c'est-à-dire le consentement de deux ou plusieurs personnes (L. 1 § 2, *De pact.*, II, 14) ; puis, comme but immédiat de cette convention, une ou plusieurs obligations à créer. Est-ce à dire que deux parties qui s'accordent dans la volonté d'obliger l'une d'elles envers l'autre ou de s'obliger réciproquement donneront, par cela seul et toujours, naissance à un contrat? Aucunement : c'est, en effet, une règle aussi ancienne que le droit romain, une règle encore vivante, sinon tout à fait intacte, dans le dernier état de la législation, que le simple consentement des parties n'a pas la puissance d'obliger. Tel est le sens de ces formules : « *Nuda pactio obligationem non parit.* — *Ex pacto actio non nascitur* (L. 3 §§ 4 et 5, *De pactis*, II, 14). » Que faut-il

tion, bien qu'exact en notre matière, est peut-être trop étroit, puisque les Romains considèrent également les obligations *ex delicto* comme formées *re* (L. 4, *De obl. et act.*, XLIV, 7), et qu'ici certainement la *res* ne consiste pas en une tradition.

(1) Cette remarque est tellement vraie, que parfois les jurisconsultes, élargissant démesurément le sens des mots *contractus* et *contrahere*, vont jusqu'à les employer en matière de délits. Un texte appelle le délit *male contractus* (L. 52, *De re jud.*, XLII, 1). A ce point de vue compréhensif, le mot contrat désignerait tout fait générateur d'obligation (L. 20, *De jud.*, V, 1).

donc pour qu'une convention prenne le nom de contrat, ou, ce qui est identique, pour qu'elle réussisse à obliger ? Il faut que le législateur l'ait distinguée des autres en la sanctionnant par voie d'action, et, comme conséquence de cette idée, il faut qu'il l'ait nommée (L. 1 § 4 ; L. 7 § 1, *De pact.*, II, 14). De sorte qu'en résumé tout contrat présente les quatre caractères suivants : 1° il contient une convention ; 2° cette convention tend à obliger ; 3° elle porte un nom technique ; 4° elle engendre action. — Mais, je l'ai dit par avance, cette définition ne jette pas grande clarté sur la matière. Car la loi ne consacrant pas, en principe, le consentement des parties, le point essentiel est de savoir dans quels cas et à quelles conditions elle le consacre. Or, c'est sur quoi il est impossible de formuler aucune règle générale. Il faut nécessairement, pour obtenir précision et exactitude, passer en revue les différentes classes de contrats. Voici donc la classification que Justinien (§ 2 *sup.*) emprunte à Gaius : les contrats, dit-il, se forment *re*, *verbis*, *litteris* ou *consensu*.

Contrats formés RE *ou contrats réels*. — Sont compris dans cette catégorie le *mutuum* ou prêt de consommation, le commodat ou prêt à usage, le dépôt et le gage. Ce qu'on appelle *res* en cette matière, c'est une tradition, soit pour le *mutuum* une tradition translative de propriété, et pour les trois autres contrats une *nuda traditio* (n° 225). En disant que dans ces quatre cas l'obligation se forme *re*, on entend donc qu'elle a sa cause dans la tradition jointe au consentement, ou, en d'autres termes, que nul ne peut être tenu comme emprunteur, commodataire, dépositaire ou gagiste, tant qu'il n'a rien reçu.

Contrat VERBIS. — Ce contrat, que pour le moment nous pouvons sans inconvénient confondre avec la stipulation qui en est l'application principale, consiste en une interrogation et une réponse concordantes entre elles et dont les formules sont déterminées par la loi elle-même (*certa* ou *solemnia verba*, *verborum solemnitas* ou *proprietas*, *verborum conceptio*. — Inst., § 1, *De verb. obl.*, III, 15. — Gaius, III, § 136. — L. 5 § 1, *De verb. obl.*, XLV, 1). L'accord des volontés ne vaut qu'autant qu'il s'enveloppe dans ces formules, et réciproquement ces formules ne valent que vivifiées par l'accord des volontés (*stipulatio ex utriusque consensu valet*. — L. 83 § 1 ; L. 137 § 1, *De verb. obl.*, XLV, 1) (1). Il est donc exact de dire que la cause de l'obli-

(1) Ce qui fait bien ressortir cette seconde idée, c'est que la formule de la stipulation peut être employée sans autre but que de former un simple pacte (L. 7 § 12, *De pact.*, II, 14).

gation contractée *verbis* gît tout ensemble dans le consentement et dans les paroles solennelles.

Contrat LITTERIS. — C'est l'écriture qui remplit ici le rôle que les paroles jouent dans la stipulation. Au lieu de formules qu'on prononce, nous avons donc des formules qu'on écrit (*proprietas scripturæ*. — Gaius, III, § 136) ; et ce sont ces formules, également déterminées par la loi, qui, s'ajoutant au consentement qu'elles manifestent, servent de cause à l'obligation.

Contrats formés CONSENSU *ou contrats consensuels*. — Cette dernière classe comprend la vente, le louage, le mandat et la société. Que ces contrats se forment *consensu*, cela signifie qu'à la différence des précédents ils n'exigent rien en dehors du consentement considéré ici comme une cause suffisante d'obligation (Gaius, III, § 136). Ce sont donc les plus simples de tous, puisque seuls ils se réduisent aux éléments que j'ai indiqués dans la définition générale. A vrai dire, ce ne sont que des pactes mis hors pair et séparés de la foule des autres par une consécration légale.

494. Si loin que nous puissions remonter dans l'histoire du droit Romain, nous y trouvons ces quatre classes de contrats (1). D'autres, tels que le contrat *per æs et libram* et la fiducie, existèrent anciennement et tombèrent en désuétude ; d'autres, je fais surtout allusion aux contrats innommés, ne furent reçus que tard et demeurèrent dans le droit définitif. Mais la liste classique paraît n'avoir jamais compris que ceux que je viens d'énumérer ; c'est donc aussi sur eux que pour le moment je vais concentrer toute mon attention, comme s'ils eussent toujours

(1) Je ne saurais passer complétement sous silence un système moderne d'après lequel il n'y aurait eu primitivement qu'une seule façon de contracter, savoir le *nexum* ou la solennité *per æs et libram* (tome Ier, p. 532, note 1). Les contrats *re*, *verbis* et *litteris*, ne seraient donc que des simplifications, et, si je puis ainsi parler, des dégradations successives du contrat primitif. Quant aux contrats consensuels, leur consécration daterait d'une époque très-postérieure. Je me garderai sans doute d'affirmer que la classification présentée par les Institutes soit née complète à un jour donné, ni que ses origines se confondent avec celles du droit Romain. Mais je ne puis me faire à cette idée qu'il y ait eu une époque où les solennités du *nexum* fussent exigées pour la formation de toutes les obligations, même des plus insignifiantes et des plus nécessaires à la satisfaction de nos besoins de tous les jours. Ce système sent trop l'artifice. Tant de formalisme et tant de complication, sous prétexte d'unité, eussent rendu la vie impossible. Pour y croire, il faudrait donc des témoignages positifs, et ces témoignages font absolument défaut. Les textes qui parlent du *nexum* considéré comme moyen de s'obliger se bornent à le mentionner ou à le définir ; aucun ne laisse soupçonner qu'il ait jamais été d'une application générale et obligatoire (Gaius, III, § 173. — Varron, *De ling. lat.*,

existé seuls. Un coup d'œil jeté sur leur nature et sur leur fonction va nous montrer quel est l'ordre à suivre dans cette étude.

Les contrats *verbis* et *litteris* se distinguent des contrats tant réels que consensuels par une organisation toute civile. Je veux dire qu'ils contiennent des éléments artificiels et arbitraires. Et en effet, qu'une convention, par hypothèse très-sérieuse, très-licite, conclue entre personnes absolument maîtresses de leurs droits et de leur volonté, soit réputée non avenue par cela seul qu'elle n'a pas été enchâssée dans des formules toutes faites, assurément ce n'est pas là une inspiration de la simple raison naturelle. Ces formules, comme toutes solennités juridiques, sont de pure création légale, et l'obligation d'y recourir dénote un formalisme qui n'est ni de tous les temps ni de tous les pays. Au contraire, la conception des deux autres classes de contrats ne saurait être simplifiée. Tout y est naturel et nécessaire. Cela est de la dernière évidence pour les contrats consensuels, qui ne sont que des conventions privilégiées; mais cela n'est pas moins vrai pour les contrats réels : ceux-ci sans doute ne se forment pas par le simple consentement, ils exigent une tradition; mais quoi de moins arbitraire, si l'on réfléchit que l'obligation qu'ils engendrent a pour objet la restitution d'une quantité ou d'une chose reçue? Tout ceci se résume à dire que les contrats *verbis* et *litteris* sont solennels, que les contrats réels et consensuels ne le sont pas. Les uns sont tout à fait romains; les autres ont un caractère d'universalité. Très-probablement, c'est à cette distinction qu'Ulpien se réfère quand il sépare les conventions en deux classes, qu'il appelle les unes *legitimæ*, les

VII, 105. — Festus, v^is *Nexum* et *Nuncupata*). Quant à moi, je suis très-enclin à penser qu'il ne s'employait qu'en matière de prêts d'argent, et que là même il était simplement facultatif, ayant pour but non pas d'assurer une action au créancier, mais bien de lui procurer des sûretés plus énergiques. Au surplus, les interprètes qui croient qu'au début on ne put contracter que dans la forme du *nexum* admettent presque tous qu'il y eut un temps où le lingot de cuivre qui intervient dans cette solennité n'y figurait pas un simple prix fictif (tome I, p. 531, note 1). A leurs yeux donc, le *nexum* originaire fut toujours à titre onéreux; en d'autres termes, l'idée de contrat impliqua essentiellement, pour les premiers Romains, l'idée de réciprocité, et l'on ne comprit pas d'abord l'obligation à titre gratuit. A l'appui de cette théorie, que je crois très exagérée, on allègue, outre l'avarice du peuple romain (Polyb., XXXII, 12. — Cic., *De offic.*, II, 15), deux textes d'Ulpien qui paraissent admettre la synonymie du latin *contractus* et du grec *συνάλλαγμα* (L. 7 § 2, *De pact.*, II, 14. — L. 19, *De verb. sign.*, L, 16). Mais ces deux arguments ne prouvent rien : le premier est trop vague, et le second donne une portée trop absolue à des textes qui certainement ne se proposent pas de définir d'une manière générale l'élément essentiel du contrat (tome II, p. 214, note 1).

autres *juris gentium* (L. 5; L. 7 pr. et § 1, *De pact.*, II, 14) (1). Ce qu'il entend par conventions légitimes, son texte tronqué par Justinien ne nous le dit pas; mais on le devine en voyant qu'il range parmi celles du droit de gens, à côté des innombrables pactes que la loi ne protège pas, tous les contrats réels ou consensuels. Sa pensée est donc bien que ces contrats n'ont rien de factice, rien d'arbitraire, tandis que les contrats *verbis* et *litteris* sont une création originale du génie romain, une création qui aurait très-bien pu ou ne pas se produire ou se produire sous des formes toutes différentes (2).

Les contrats non solennels ont tous une fonction spéciale, chacun d'eux s'applique dans un cas déterminé et unique. Donc, qu'on parle de dépôt, de vente, de louage, etc., ces mots donnent tout de suite une idée nette du but immédiat que les parties poursuivent. Tout au contraire, dites-moi que deux personnes ont contracté *verbis* ou *litteris*, je ne me rends pas compte du résultat précis qu'elles ont voulu atteindre; tout ce que je vois, c'est que l'une est devenue créancière et l'autre débitrice. En un mot, ces contrats ne sont pas, comme les précédents, des opérations définies que la loi consacre pour elles-mêmes; ce ne sont que des formes qu'elle fournit ou impose à ceux qui veulent faire naître des obligations. Par cela même, ils se prêtent à une variété d'applications que ne comportent pas les contrats réels ou consensuels. Mais à ce point de vue pourtant, une grande diffé-

(1) Sur ces textes, il y a deux observations à faire : 1° La loi 6, *De pactis*, qui appartient à Paul, et que Justinien intercale entre les deux fragments d'Ulpien, doit être mise de côté en tant qu'il s'agit d'interpréter la pensée de ce dernier jurisconsulte. En effet, Paul appelle *legitimæ* toutes les conventions qu'un acte législatif sanctionne; or, en ce sens, la vente, le louage, le dépôt, seraient des conventions légitimes, et pourtant Ulpien les classe parmi celles du *jus gentium*. 2° L'expression *jus gentium* n'est pas prise ici dans la signification technique que je lui ai précédemment assignée (n° 7). Ce qui le prouve, c'est qu'Ulpien met en dehors du *jus gentium* des conventions qui sont certainement accessibles aux *peregrini*, telles que la stipulation (n° 497).

(2) Je dois m'expliquer ici sur une théorie de certains interprètes, d'après lesquels il n'y aurait pas de contrat sans *causa civilis*. Tout consiste ici à déterminer le sens de cette expression. Or, pour qui n'a pas de parti pris, ou elle ne signifie rien, ou elle désigne un élément de création légale. En ce sens, il y a certainement une *causa civilis* dans les contrats *verbis* et *litteris*, et c'est ce qu'Ulpien exprime sous une autre forme en appelant ces contrats *conventiones legitimæ*. Mais dans les contrats réels ou consensuels on ne peut plus découvrir aucune *causa civilis*, puisque les conditions qu'ils supposent dérivent toutes de la nature des choses. Tout au plus peut-on faire remarquer que dans le *mutuum* les Romains ont exagéré l'importance de la *res* et en ont fait l'équivalent d'une solennité civile (n° 584). Voilà ce que je crois la vérité. Voici maintenant les deux principaux systèmes entre lesquels se partagent ceux qui veulent à toute force et dans tous les

rence doit être faite entre la forme littérale et la forme verbale. La forme *litteris*, on le verra plus loin, ne s'applique qu'à des sommes d'argent déterminées (*certa pecunia*). La forme verbale, au contraire, est assez élastique pour s'adapter à toute espèce d'opérations. Son domaine n'a pas d'autres limites que celui des obligations elles-mêmes, c'est-à-dire, selon la remarque des Institutes (§ 3, *De divis. stip.*, III, 18), que toute volonté de s'obliger peut se réaliser dans cette forme. Cela est tellement vrai, que là même où les parties ont la possibilité de faire un autre contrat, rien ne les empêche de recourir de préférence à la stipulation; et, par exemple, le but qu'elles atteindraient par une simple vente, elles le réalisent tout aussi bien par deux stipulations, l'une ayant pour objet la chose et l'autre le prix (L. 3, *De resc. vend.*, XVIII, 5). Pareillement, les obligations déjà existantes, de quelque source qu'elles dérivent, sont toujours faciles à convertir en obligations *ex stipulatu*. Tout ceci bien compris, et tenant compte de la règle *Ex pacto actio non nascitur*, j'arrive à cette conclusion que la stipulation est le moule régulier dans lequel les parties doivent jeter leur volonté pour la rendre obligatoire. *Tout par la stipulation, rien sans la stipulation*, tel est le principe fondamental. Et si l'on veut, je ne dis pas le justifier absolument, mais tout au moins l'expliquer et le comprendre, en voici les motifs : il ne faut pas que les obligations, qui modifient toujours d'une manière grave les rela-

cas une *causa civilis :* 1° Nous avons vu tout à l'heure (p. 196, note 1) que, d'après certains interprètes, tout contrat implique des prestations ou obligations réciproques; or c'est précisément dans cette réciprocité que consisterait la *causa civilis*. Je n'ai pas à insister sur ce système que je tiens pour réfuté d'avance. 2° La *causa civilis*, au lieu d'être uniforme pour tous les contrats, varierait selon leur nature. Pour les contrats *verbis* ou *litteris*, on la fait consister dans les solennités de paroles ou d'écritures, et j'ai déjà dit qu'il y a là une idée vraie. Pour les contrats réels, on la place dans la *res*, mais j'ai montré que cette *res* ou tradition est exigée par la nature des choses. Quant aux contrats consensuels, les uns voient la *causa civilis* dans le simple consentement, d'autres dans le caractère synallagmatique du contrat, d'autres enfin dans la réunion des conditions qui constituent son individualité, par exemple, s'il s'agit d'une vente, dans la *merx* et le *pretium*. Mais vraiment, ne sont-ce pas là autant de subtilités? Une vente sans consentement, une vente sans obligations réciproques, une vente sans chose vendue ou sans prix, y avait-il besoin de l'intervention d'un législateur pour repousser des idées si contradictoires en elles-mêmes ? — J'ajoute que si la théorie de la *causa civilis* est fausse comme théorie générale, l'expression elle-même, dans le sens que les interprètes ont voulu lui donner ici, n'est pas non plus romaine. On ne la rencontre que dans un seul texte (L. 49 § 2, *De pecul.*, XV, 1), où elle désigne simplement une cause productrice d'obligation civile, de même qu'ailleurs on trouve *causa naturalis*, pour signifier une cause d'obligation purement naturelle (L. 3 § 7, *Quod quisq. jur.*, II, 2).

tions naturelles des hommes, soient contractées à la légère ; il faut surtout qu'aucun doute ne puisse planer sur la volonté des contractants. De là la nécessité de recourir à des formes qui fixent l'attention et qui accusent avec évidence le consentement : or, s'il y a des formes tout particulièrement appropriées à ce but, ce sont, on le verra bientôt (n° 497), celles de la stipulation. Toutefois certains cas spéciaux sont dérobés à la règle. C'est ainsi que, dans le but principal de faciliter les comptes des particuliers entre eux, et surtout les rapports des banquiers avec leurs clients, on autorise pour les obligations *certæ pecuniæ* l'emploi d'une forme plus simple, la forme *litteris*. C'est ainsi encore qu'on dispense de toutes formes les opérations qualifiées contrats réels et consensuels, et cela sans doute afin de ne pas entraver et souvent empêcher des actes que les besoins de la pratique rendent si nécessaires. Hors ces cas, la règle conserve tout son empire. La stipulation est donc le contrat romain par excellence, le contrat normal, et pour ainsi dire classique ; les autres ne sont que des exceptions. Et ceci nous donne le secret de la méthode des jurisconsultes, qui toujours rattachent à la stipulation, comme à un centre naturel, les règles générales des obligations contractuelles. Ces règles, en effet, se confondent avec celles de la stipulation, toutes les fois que ces dernières ne sont pas exclusivement déterminées par la forme du contrat.

De ces développements deux conséquences résultent : 1° les contrats solennels, précisément parce qu'ils portent l'empreinte plus profonde du génie romain et que leur sphère d'application est plus large, doivent être étudiés avant les contrats non solennels ; 2° le contrat *verbis*, à raison de sa généralité absolue, doit précéder le contrat *litteris* (1).

(1) Gaius, tant dans ses commentaires (III, § 89) que dans ses *res quotidianæ* (L. 1, *De obl. et act.*, XLIV, 7), et Justinien, dans ses Institutes, suivent un ordre que je crois moins logique. Ils placent en première ligne les contrats réels, ce que s'explique par l'influence certaine de l'édit prétorien. Le préteur, en effet, traitait des contrats sous la rubrique générale *De rebus creditis* (L. 1, *De reb. cred.*, XII, 1) ; car les expressions *res credita* et *creditum*, dérivées de *credere*, et qui restèrent plus fidèles à leur étymologie que le mot *creditor* (tome II, p. 184, note 1), puisqu'on ne les appliqua jamais en matière de délits (L. 20, *De jud.*, V, 1), désignent toute obligation indiquant de la part du créancier une certaine confiance envers le débiteur, c'est-à-dire toute obligation à la formation de laquelle il a consenti. Le *creditum* embrasse donc toutes les obligations contractuelles, et n'embrasse rien au delà, si ce n'est peut-être quelques obligations quasi-contractuelles. Mais la confiance a des degrés, et l'on peut dire sans exagération qu'elle

DU CONTRAT *VERBIS*.

DES DIVERSES FORMES DU CONTRAT *verbis*.

495 *a*. Avant d'entrer dans l'étude détaillée de la stipulation, il faut savoir que si elle était la principale façon de contracter *verbis*, elle n'était pas la seule. Il y avait à côté d'elle la *dotis dictio* et le *jusjurandum liberti* (1), deux contrats qui diffèrent de la stipulation tout à la fois par leur forme et par leur fonction : par leur forme, car ils ne comportent ni interrogation ni réponse (Epitome Gaii, II, 9, §§ 3 et 4) ; par leur fonction, car ils ne s'appliquent qu'à des hypothèses tout à fait spéciales et entre certaines personnes. Sur la *dotis dictio*, je me suis déjà expliqué (nº 311) ; il me reste à dire quelques mots du *jusjurandum liberti* (2).

L'hypothèse est celle-ci : un maître qui veut affranchir son esclave veut en même temps se réserver le droit d'exiger de lui certains services (*operæ*) (3). Comment va-t-il s'y prendre pour atteindre ce double but ? Car jusqu'à l'affranchissement le maître commande, mais l'esclave est incapable de s'obliger civilement : et par l'affranchissement l'esclave va acquérir pleine capacité, mais il échappera à l'autorité du maître. Pour sortir de cette impasse, les Romains imaginèrent un procédé particulièrement curieux comme témoignage du respect

atteint son *maximum* dans les contrats *re* et surtout dans le *mutuum*, puisque là le créancier ne se contente pas de faire crédit ; il se dessaisit matériellement de sa chose, et, dans le *mutuum*, il va jusqu'à l'aliéner. Donc le préteur, conformément à sa donnée générale qui consistait à envisager les contrats comme autant d'actes de confiance, devait, et c'est ce qu'il fit, mettre en première ligne les contrats *re*, et en tête de ceux-ci le *mutuum*. Cela étant, et quand on sait que l'édit fut l'objet de nombreux commentaires dont plusieurs tinrent une place considérable dans l'enseignement, comment s'étonner que sa méthode se soit en quelque sorte imposée aux jurisconsultes, et que, soutenue par l'autorité d'une longue tradition, elle se retrouve encore dans l'œuvre de Justinien ?

(1) Quelques interprètes ajoutent le *receptitium* à la liste des contrats *verbis*. J'expliquerai plus loin (nº 720) sur quoi cette opinion se fonde et pourquoi je la rejette.

(2) Au lieu de cette expression, qui est celle des textes, les interprètes disent volontiers *jurata promissio liberti*. Mais ce langage est inexact, *promissio* désignant dans son vrai sens la réponse faite à l'interrogation d'un stipulant.

(3) On distingue des *operæ fabriles* ou *officiales*. Par *operæ fabriles*, il faut entendre des services dont l'utilité se comprend, quelle que soit la personne qui les rend ou celle qui les reçoit. Ils ont donc pour tout le monde une valeur appréciable en argent. Les *operæ officiales*, au contraire, sont des services qui ne valent

religieux qu'ils eurent longtemps pour le serment. Le maître, avant d'accomplir les solennités de la *manumissio*, fait jurer à son esclave que celui-ci lui fournira des *operæ*. Ce premier serment ne crée pas d'obligation, tel est du moins le droit classique ; mais il sert de cause à un autre serment que l'esclave doit faire au moment même où il vient d'acquérir la liberté et qu'il n'aura pas, présume-t-on, l'impudeur de refuser (L. 7 pr., *De op. lib.*, XXXVIII, 1. — L. 44 pr., *De lib. caus.*, XL, 12) (1). C'est ce second serment qui forme le contrat, et si on le fait rentrer dans le même genre que la stipulation, ce n'est pas qu'il exige des paroles solennelles, c'est seulement parce qu'il doit être articulé de vive voix. Il est très-remarquable que cette façon de s'obliger, que le droit civil ne consacre en aucune autre hypothèse, est accessible aux impubères eux-mêmes (L. 7 § 5, *De op. lib.* — L. 44 § 2, *De lib. caus.*) ; mais elle ne produit aucun effet lorsque l'affranchissement au lieu d'être l'acte spontané du maître, n'intervient qu'en exécution d'une obligation antérieure, par exemple d'un fidéicommis (L. 7 § 4, *De op. lib.*), et à plus forte raison, s'il est nul comme s'appliquant à un homme libre qui fût seulement *in servitute* (L. 56 pr., *De fid.*, XLVI, 1).

Demandera-t-on maintenant quel intérêt pratique il peut y avoir à faire remarquer que la *dotis dictio* ou le *jusjurandum liberti* appartiennent, comme la stipulation, à la classe des contrats *verbis?* Le

qu'en les supposant rendus par un tel à un tel. De cette différence essentielle il résulte que, seules, les *operæ fabriles* peuvent faire l'objet d'une créance cessible et qui se transmette aux héritiers (LL. 6 et 9 § 1, *De op. lib.*). Cette créance participe de la nature des *jura patronatus*, d'abord en ce qu'elle s'éteint comme eux par la *capitis deminutio* (n°s 182 et 477), puis en ce qu'elle se partage également entre les enfants du patron quoique institués pour des parts inégales (L. 7 § 6, *De op. lib.*, XXXVIII, 1). Mais, d'un autre côté, elle en diffère profondément par cela même qu'elle se transmet à tous héritiers même externes et qu'elle ne passe jamais aux descendants exhérédés (L. 29, *De op. lib.*). C'est pourquoi Pomponius dit qu'elle est traitée *perinde ac credita pecunia* (L. 4, *De op. lib.*). On remarquera, au surplus, que l'*obligatio operarum* contractée par serment ou par promesse s'éteint lorsque l'affranchi est père d'un enfant de cinq ans au moins ou de deux enfants plus jeunes et qu'il les a sous sa puissance, et cette extinction emporte pour lui faculté de tester avec pleine liberté (L. 37 pr.; L. 41, *De op. lib.*).

(1) Il me paraît assez probable qu'anciennement le serment fait en esclavage devenait obligatoire à l'instant même et par le fait seul de la *manumissio*. S'il en eût été autrement, pourquoi le droit civil aurait-il créé ici une forme spéciale d'engagement au lieu de prescrire le recours à la forme ordinaire, la stipulation? Cette conjecture, outre qu'elle donne une physionomie plus originale à notre contrat, explique très-bien les discussions qui s'élevèrent, d'après les textes que je cite, sur la nécessité du second serment.

voici : non seulement ils engendrent, comme elle, une *condictio*, ceci peut se justifier par des motifs tout à fait indépendants de ce classement; mais encore il faut, tel est du moins le dernier état de la jurisprudence classique, leur appliquer les règles spécialement créées pour le contrat *verbis*, toutes les fois que la nature des choses ne nous oblige pas à les restreindre à la stipulation. Notamment, nous verrons que les obligations qu'ils font naître peuvent être garanties par une *sponsio* et s'éteindre par voie d'acceptilation (nos 561 et 701).

A la différence de la *dotis dictio*, et nonobstant les doutes de quelques interprètes, il paraît certain que le *jusjurandum liberti* n'est pas abrogé dans la législation de Justinien, puisqu'il fait l'objet de plusieurs textes insérés au Digeste; mais très probablement il était tombé en une désuétude à peu près complète, ce que j'explique par les deux considérations suivantes. D'abord rien n'empêchait que le second serment ne fût remplacé, et il devait l'être fort souvent, par une stipulation; en second lieu, il est vraisemblable que la simple convention faite avec l'esclave, par cela seul qu'elle avait été la cause ou la condition de l'affranchissement subséquent, finit par devenir dans tous les cas la source d'une action *de dolo* contre l'affranchi qui se refusait à l'exécuter, de telle sorte qu'il n'y eût plus une aussi grande utilité à exiger de lui qu'il la renouvelât et la revêtît d'une forme civile (1). Désormais donc, à l'exemple des Institutes (pr., *De verb. obl.*, III, 15), et comme je l'ai fait en commençant, je ne distinguerai plus le contrat *verbis*, qui est le genre, de la stipulation, qui en est l'espèce principale.

(1) Ulpien (L. 7 § 8, *De dol. mal.*, IV, 3) suppose l'espèce suivante : pour obtenir sa liberté, un esclave a pris des engagements envers son maître; mais, à raison de leur insuffisance, il les a fait garantir par un fidéjusseur à la place duquel il est convenu que lui-même s'obligera une fois libre. Que décider s'il refuse d'exécuter cette convention? Régulièrement, le patron exercera l'action *ex stipulatu* contre le fidéjusseur, et celui-ci recourra contre l'affranchi par l'action *de dolo*. Cependant cette dernière action serait donnée au patron lui-même, si le fidéjusseur était insolvable. Il n'y avait, on le voit, qu'à simplifier ce procédé et à supprimer la nécessité de l'intervention d'un tiers pour arriver à investir directement le patron de l'action *de dolo*. Ce texte vient donc à l'appui de ma conjecture. Nous voyons, au surplus, dans la même loi (*pr.*), que si par dol l'esclave se fait vendre à quelqu'un qui doit l'affranchir, une fois libre il est tenu envers son ancien maître de l'action *de dolo*. Pourquoi donc ne serait-on pas arrivé à la même solution, lorsque son dol avait eu pour résultat direct de le faire affranchir? — Je reconnais du reste que cette doctrine n'était probablement pas encore admise au temps d'Ulpien; cela résulte d'un rescrit d'Alexandre Sévère (L. 3, C., *An serv. ex suo*, etc., IV, 14), pourvu qu'on y supplée une négation, comme le commande le texte correspondant des Basiliques.

DU CONTRAT DE STIPULATION.

496. Quatre éléments sont essentiels à la formation du contrat de stipulation, savoir : 1° certaines formes ou solennités ; 2° le consentement ou accord des volontés ; 3° la capacité des parties ; 4° un objet. — Le premier de ces éléments est spécial à la stipulation, il lui imprime son individualité juridique. Les trois autres se retrouvent dans tous les contrats (1).

DES FORMES DE LA STIPULATION.

SOMMAIRE : I. Description des formes de la stipulation. — II. Conséquences de ces formes relativement à la nature et à l'interprétation du contrat.

I. — DESCRIPTION DES FORMES DE LA STIPULATION.

Lib. III, tit. xv, *De verborum obligatione*, pr. — Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione, quum quid dari fierive stipulamur... Quæ (*stipulatio*) hoc nomine inde utitur, quia stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens (Gaius, L. 1 § 7, *De obl. et act.*, XLIV, 7) (2).

L'obligation *verbis* se contracte par une interrogation et une réponse, lorsque nous stipulons qu'on nous donnera ou qu'on fera quelque chose... La stipulation tire son nom du mot *stipulus*, qui fut employé autrefois dans le sens de *firmus*, et qui lui-même dérive peut-être de *stipes*.

(1) Il faut remarquer ici combien la marche des Institutes est défectueuse. Au lieu d'étudier directement le consentement, la capacité et l'objet, elles n'envisagent que les conséquences auxquelles donne lieu l'absence de l'un de ces éléments ou la violation des règles qui les gouvernent. Voilà pourquoi elles en traitent sous la rubrique *De inutilibus stipulationibus* (III, 19).

(2) Trois étymologies ont été assignées au mot *stipulatio :* 1° Isidore de Séville (*Orig.*, V, 24) le fait dériver de *stipula* (paille), parce que, dit-il, les anciens Romains avaient l'habitude, quand ils contractaient, de séparer une tige de paille en deux morceaux qu'ils rejoignaient ensuite pour symboliser l'accord des volontés. Cette pratique fut-elle vraiment romaine? et si oui, compta-t-elle jamais parmi les solennités essentielles à la formation du contrat? Je l'ignore; mais, à coup sûr, ce témoignage d'un évêque espagnol du VIe siècle sur les usages suivis aux bords du Tibre plus de mille ans avant lui est trop isolé pour n'être pas suspect. 2° D'après Festus (v° *Stipem*), *stipulatio* viendrait de *stipem ferre*, *stips* signifiant *pièce de monnaie*, ainsi que l'atteste le même Festus d'accord en cela avec Varron (*De ling. lat.*, V, 182), qui donne *stips* pour synonyme de *æs*. Cette étymologie fournit un argument à ceux qui prétendent que la stipulation dérive du *nexum*. De cette forme primitive, on aurait retranché, disent-ils, la fiction de vente, c'est-à-dire l'intervention de la balance et du morceau de cuivre ; mais on aurait retenu la nécessité des

§ 1. — In hac re olim talia verba tradita fuerunt : *spondes? spondeo; promittis? promitto; fidejubes? fidejubeo; dabis? dabo; facies? faciam.* Utrum autem latina, an græca, vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicet si uterque stipulantium intellectum ejus linguæ habeat. Nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogatum respondere; quin etiam duo Græci latina lingua obligationem contrahere possunt. Sed hæc solemnia verba olim quidem in usu fuerunt. Postea autem Leoniana constitutio lata est, quæ solemnitate verborum sublata, sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est (Gaius, III, § 92).

En cette matière, les paroles jadis usitées furent celles-ci : *spondes? spondeo* (1) ; promets-tu ? je promets ; veux-tu sur ta parole ? je veux sur ma parole (2) ; donneras-tu ? je donnerai ; feras-tu ? je ferai. Mais que la stipulation soit conçue en latin, en grec ou en une autre langue quelconque, il n'importe, pourvu que les contractants en aient l'un et l'autre l'intelligence. Il n'est pas même nécessaire que tous les deux se servent de la même langue ; mais il suffit que la réponse concorde avec l'interrogation. Bien plus, deux Grecs peuvent contracter en langue latine. Mais ces solennités de paroles n'appartiennent plus qu'au passé : une constitution, rendue par Léon, les a supprimées et ne demande plus qu'une chose, c'est qu'il y ait des deux parts conformité de pensée, quelles que soient les paroles employées.

Lib. III, tit. XIX, *De inutilibus*

Le muet ne peut ni stipuler ni

paroles solennelles. Cette conjecture me paraît plus que hasardée. Sans revenir sur les raisons qui m'ont fait repousser d'une manière générale le système du *nexum* considéré comme ayant été primitivement le seul contrat romain, je remarque que Festus, dont il ne faut pas scinder le témoignage, explique son étymologie du mot *stipulatio* en disant que le débiteur interrogé promet *stipam, id est æs*. Qu'est-ce à dire, sinon que la composition du mot se référerait, non pas au souvenir d'une vieille formalité disparue, mais bien au but final de l'obligation? Rien ne prouve, au surplus, que les formules de la stipulation eussent la moindre ressemblance avec celles du *nexum*. 3° Reste enfin l'étymologie que Justinien nous donne ici et qu'il emprunte au jurisconsulte Paul (V, 7, § 1). *Stipulatio* aurait été formé du vieil adjectif *stipulus*, équivalent de *firmus*, de sorte qu'ici, comme dans les mots *appellatio*, *calatio* et une foule d'autres, la terminaison *latio* serait tout à fait étrangère au verbe *ferre*. Cette troisième étymologie, pour laquelle je ne cache pas mes préférences, exprime à merveille que la stipulation était la forme régulière et comme le vêtement sous lequel l'accord des volontés devait se produire pour devenir obligatoire.

(1) Il est impossible de traduire cette formule.

(2) *Jubere* exprime souvent l'idée d'une volonté ferme, et non pas d'un ordre. Tel est visiblement le sens ici, car on ne se donne pas d'ordre à soi-même.

stipulationibus, § 7. — Mutum neque stipulari neque promittere posse palam est. Quod et in surdo receptum est, quia et is qui stipulatur verba promittentis, et is qui promittit verba stipulantis audire debet : unde apparet non de eo nos loqui qui tardius exaudit, sed de eo qui omnino non audit (Gaius, L. 1 §§ 14 et 15, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

promettre, cela est de toute évidence. La même chose a été admise pour le sourd, car il faut que le stipulant entende les paroles du promettant, et le promettant celles du stipulant. D'où il ressort que nous ne parlons pas de celui qui entend difficilement, mais de celui qui n'entend pas du tout.

§ 12. — Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. Sed quum hoc materiam contentiosis hominibus præbebat, forte post tempus tales allegationes opponentibus, et non præsentes esse vel se vel adversarios suos contendentibus, ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Cæsarienses advocatos scripsimus, per quam disposuimus tales scripturas quæ præsto esse partes indicant, omnimodo esse credendas, nisi ipse qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos adprobaverit in ipso toto die quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis esse.

De même l'obligation verbale est nulle entre absents. Mais comme cela fournissait un aliment à l'esprit de chicane, une partie venant au bout d'un certain temps alléguer qu'elle-même ou son adversaire n'avaient pas été présents, nous avons, dans le but de couper court aux procès, adressé aux avocats de Cesarée une constitution dont voici les dispositions : les écrits qui constatent la présence des parties feront foi absolue, à moins que celui qui recourt à de telles allégations n'établisse par les preuves les plus évidentes, soit par écrit, soit par de bons témoins, que pendant tout le jour de la confection de l'acte, lui ou son adversaire se sont trouvés dans d'autres lieux.

§ 17. — Si scriptum in instrumento fuerit promisisse aliquem, perinde habetur ac si interrogatione præcedente responsum sit (Paul, V, 7 § 2).

S'il est écrit dans un acte que quelqu'un a promis, les choses se passent comme s'il y avait eu interrogation suivie de réponse.

§ 18. — Quotiens plures res una stipulatione comprehenduntur, si quidem promissor simpliciter respondeat : *Dare spondeo*, propter omnes tenetur; si vero unam ex his vel quasdam daturum se responderit, obligatio in iis pro quibus spoponderit, contrahitur : ex pluribus

Chaque fois qu'une seule stipulation comprend plusieurs choses, si le promettant répond simplement : *je promets de donner*, il est tenu pour toutes; si au contraire il répond qu'il donnera une ou quelques-unes de ces choses, l'obligation se restreint à celles qui sont

enim stipulationibus una vel quædam videntur esse perfectæ; singulas enim res stipulari et ad singulas respondere debemus.

comprises dans sa réponse. Il y a alors plusieurs stipulations dont une ou quelques-unes seulement sont parfaites; en effet, il faut pour chaque chose une question et une réponse.

Lib. III, tit. XX, *De fidejussoribus*, § 8. — In stipulationibus fidejussorum sciendum est generaliter hoc accipi, ut quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum; ideoque constat, si quis scripserit se fidejussisse, videri omnia solemniter acta.

Dans les stipulations des fidéjusseurs, il est reçu d'une manière générale que tout ce qu'un écrit constate est réputé vrai: et en conséquence, lorsque quelqu'un a écrit qu'il s'est porté fidéjusseur, sans aucun doute on tient pour accomplies toutes les solennités.

497. Les solennités qui caractérisent le contrat de stipulation se décomposent comme il suit :

1° *Une interrogation et une réponse orales.* — L'une est faite par le créancier, l'autre par le débiteur, par exemple dans cette forme : *spondesne dare decem? spondeo* (pr. *sup.*). L'interrogation s'appelle proprement *stipulatio*, et la réponse *sponsio* ou *promissio* (1). Par cette forme, la plus précise et la plus vivante qu'on puisse imaginer, la volonté des parties se dégage avec une entière netteté (2). Quand il s'agit d'affaires, on ne questionne pas sans but, on ne répond pas sans réflexion; bien évidemment donc elles ne sont pas demeurées dans les termes d'un simple projet qu'on se réserve de modifier ou de retirer : elles ont examiné, délibéré, voulu. Mais à côté de cet avantage évident, une telle forme a le double inconvénient d'exiger d'une manière absolue la présence respective des parties (§ 12 *sup.*) (3), et d'être inaccessible aux personnes complètement privées

(1) Il est essentiel ici d'être bien fixé sur la valeur des mots. Tandis que le créancier seul est appelé *stipulator* et *reus stipulandi*, les mots *stipulatio* et *stipulari* s'appliquent fort souvent à l'ensemble de l'opération, c'est-à-dire au contrat lui-même, et ce qui est bizarre, on les rencontre parfois comme synonymes de *promissio* et *promittere* (L. 27 § 1, *De proc.*, III, 3. — L. 26 § 13, *De cond. ind.*, XII, 6. — L. 5 § 2, *De solut.*, XLVI, 3). Quant aux mots *spondere*, *promittere*, *sponsor*, *promissor*, *reus promittendi*, *promissio*, jamais ils ne désignent que le rôle et la personne du promettant. *Sponsio* seul s'emploie quelquefois pour exprimer le contrat lui-même (Gaius, IV, § 93).

(2) Aussi voyons-nous qu'on interroge quelquefois alors même qu'il s'agit de former un simple contrat consensuel. Mais en pareil cas cette forme n'a plus de valeur sacramentelle (L. 35 § 2, *De verb. obl.*, XLV, 1).

(3) C'est donc improprement que Paul qualifie stipulation un contrat formé par correspondance (L. 57, *De donat. int. vir.*, XXIV, 1).

de la parole ou de l'ouïe (§ 7 *sup.*). Allons-nous conclure de là que jamais l'absent, le muet, le sourd, ne puissent devenir ni créanciers ni débiteurs par voie de stipulation? Non : qu'ils aient seulement un esclave présent qui parle et qui entende. S'il s'agit de stipuler, cet esclave, spontanément ou par ordre, fera l'interrogation et recevra la réponse, et d'après le droit civil lui-même la créance sera directement acquise au maître. S'agit-il de promettre : l'esclave pourra le faire encore, non pas, il est vrai, de sa propre initiative, mais en vertu d'un ordre régulier, et alors il obligera le maître *jure prætorio* (L. 1 pr., *De verb. obl.*).

2° *Emploi de paroles déterminées.* — Je veux dire que le choix des formules d'interrogation et de réponse n'est pas libre. Si nous nous plaçons à l'époque de Gaius (III, §§ 92 et 93), les formules reçues sont celles-ci *spondes? spondeo;* — *dabis? dabo;* — *promittis? promitto;* — *fidepromittis? fidepromitto;* — *fidejubes? fidejubeo;* — *facies? faciam.* La formule *spondes? spondeo*, d'après le témoignage de ce même Gaius, se sépare de toutes les autres par un caractère étroit et exclusivement romain, et ce caractère lui-même se manifeste à un double point de vue : 1° Cette formule ne peut être employée qu'en supposant les deux contractants citoyens romains ; les autres, au contraire, appartiennent au droit des gens : en d'autres termes, les pérégrins figurent très-valablement dans un contrat de stipulation, pourvu que l'interrogation et la réponse ne soient pas conçues dans cette forme romaine par excellence : *spondes? spondeo* (1). D'où il est permis de conclure, et en ce sens j'argumente des exemples de stipulation que les textes ont l'habitude de donner, qu'à l'origine cette forme fut la seule admise et qu'en conséquence notre contrat commença

(1) Cependant, selon la remarque de Gaius (III, § 94), cette formule était employée dans les traités de paix que Rome concluait avec les nations étrangères. Mais, comme il l'ajoute lui-même, il n'y avait pas alors un véritable contrat de stipulation, puisque l'obligation contractée avait pour sanction la guerre et non pas l'action *ex stipulatu;* et néanmoins nous voyons dans Tite-Live (I, 32) qu'on donnait le nom de *condictio* à la demande solennelle de réparation qui suivait toute violation de traité et précédait toute déclaration de guerre. Au surplus, Gaius paraît confondre ici deux sortes de traités que les anciens Romains distinguaient avec soin, les *fœdera* et les *sponsiones*. Le *fœdus* ne pouvait être conclu que sur l'ordre du peuple et par l'intermédiaire des féciaux assistés d'un *pater patratus*, et il liait le peuple immédiatement. La *sponsio*, au contraire, était conclue par des chefs d'armée agissant sans ordre; elle ne liait le peuple qu'après ratification. C'est seulement dans cette seconde espèce de traités que la formule *spondes* était usitée (Tit.-Liv., I, 24; IX, 5).

par appartenir exclusivement au *jus civile* (1) ; 2° cette même formule *spondes? spondeo* est la seule qui n'eût pas d'équivalent exact dans la langue grecque (2) ni probablement dans les autres langues étrangères ; d'où il résulte que les Romains qui voulaient s'en servir devaient nécessairement user de leur langue nationale. Tout au contraire, les autres formules pouvaient se traduire en langue étrangère, et cela permit de donner une large réalité pratique au principe qui admettait les pérégrins eux-mêmes à stipuler ou à promettre. Est-ce à dire que du jour même où ces diverses formules furent consacrées, elles purent à volonté être remplacées par des équivalents empruntés à une langue étrangère? Je ne le crois pas ; mais, lorsque le grec fut devenu presque aussi populaire à Rome que le latin, et surtout lorsque le nombre des pérégrins de toute nationalité eut dépassé de beaucoup celui des citoyens, il fallut nécessairement adoucir cette rigueur. Aussi lisons-nous dans Gaius (III, § 93) que tous, Romains ou pérégrins, stipulent indifféremment en latin ou en grec ; et, bien avant lui, Sabinus, dont l'opinion ne devait prévaloir qu'au troisième siècle, tenait pour valable une stipulation connue dans une langue quelconque (L. 1 § 6, *De verb. obl.*, XLV, 1).

3° *Une certaine continuité entre l'interrogation et la réponse.* — Mais ici gardons-nous de toute exagération : que par exemple la réponse soit séparée de l'interrogation par un intervalle d'un jour, certainement cela empêche la formation du contrat (L. 12 pr., *De duob. reis*, XLV, 2) ; mais on tolère sans difficulté un intervalle de quelques minutes et même une courte absence (L. 1 § 1, *De verb. obl.*). Ce que l'on veut, en un mot, c'est que les deux parties de l'opération se fassent suite, forment véritablement un tout, et pour cela il faut qu'aucun acte juridique tout à fait étranger ne s'intercale entre elles, et qu'elles ne soient pas séparées par un trop long espace de temps (L. 137 pr., *De verb. obl.* — L. 6 § 3, *De duob. reis*, XLV, 2).

(1) Dans quel ordre les autres formules de stipulation furent-elles consacrées? Cela est impossible à préciser. Je regarde comme les plus récentes les formules *fidejubes? dabis? facies?* Pour la première, j'argumente de ce fait certain qu'en matière d'obligations accessoires elle fut admise assez tard, et cela dut tenir à ce qu'elle n'était pas encore reçue pour donner naissance même à des obligations principales. Quant aux deux autres, je me fonde sur ce qu'elles sont les moins formalistes de toutes ; car, au lieu d'appuyer par un mot spécial sur le fait de l'obligation contractée, elles expriment directement l'objet même de l'obligation.

(2) Cependant quelques auteurs tiraient le mot *spondere* du mot grec σπονδα (libations) (Festus, v° *Spondere*). — Gaius (III, § 93) fait une allusion à cette étymologie qu'il ne paraît pas prendre fort au sérieux.

4° *Conformité de la réponse à la question.* — A l'origine, cette conformité fut exigée dans la forme aussi bien que dans le fond.

Quant à la forme, il fallait, ce semble, que les deux parties se servissent de la même langue, et que le verbe employé dans l'interrogation reparût dans la réponse : par exemple à la formule *spondes* on devait répondre *spondeo*, et non pas *promitto* ou *dabo*. Ces excès de formalisme, que le texte de Gaius (III, §§ 92 et 93) laisse deviner sans les exprimer, s'accusent surtout par le soin avec lequel les derniers jurisconsultes classiques les proscrivent. Les contractants, dit Ulpien qui s'appuie sur l'autorité de Sabinus, peuvent user de deux langues différentes, pourvu qu'ils se comprennent réciproquement ou qu'ils soient mis en communication par un interprète fidèle (L. 1 § 6, *De verb. obl.*). Le même jurisconsulte autorise le promettant à répondre *quidni?* (pourquoi pas?), ce qui revient à le dispenser de toutes paroles solennelles, et par conséquent à lui permettre l'usage d'un verbe différent de celui qu'a employé le stipulant (L. 1 § 2, *De verb. obl.*). Du reste, il ne paraît pas qu'à aucune époque il ait été nécessaire de réitérer dans la réponse l'expression de l'objet déjà mentionné dans l'interrogation, et par exemple à qui dit: *spondes quinque aureos?* il suffit de répondre *spondeo* (Inst., § 5, *De inut. stip.*, III, 19). Donc aussi, lorsque la réponse reproduit l'indication de l'objet, elle en change valablement l'expression. Ainsi vous stipulez dix *aurei*, sans difficulté je puis vous promettre une somme de *denarii* équivalente à dix sous d'or (L. 65 § 1; L. 136 pr., *De verb. obl.*).

Quant au fond, la réponse est conforme à l'interrogation lorsqu'elle n'y apporte ni addition ni retranchement d'aucune espèce (L. 1 § 4, *De verb. obl.*). Mais pour entendre sainement ce principe, il faut faire deux observations : 1° une seule interrogation peut comprendre plusieurs objets à la fois, et alors si ces divers objets ont été considérés par le stipulant comme devant donner lieu à autant d'obligations distinctes (1), la réponse a beau exclure l'un d'eux, l'obligation prend

(1) L'intention du stipulant est présumée telle, toutes les fois que les divers objets sont énumérés dans la formule de l'interrogation (L. 32 pr., *De evict.*, XXI, 2. — LL. 86 et 140 pr., *De verb. obl.*). Si au contraire cette énumération fait défaut, la stipulation est réputée une. Soit, par exemple, plusieurs objets légués par le même testateur à la charge du même héritier et du même légataire. La *cautio* ou *stipulatio legatorum* qui les comprend tous en bloc est réputée n'avoir qu'un seul objet (L. 29 pr., *De verb. obl.*).

naissance quant aux autres. Ainsi la question étant conçue en ces termes : *Spondes Stichum et Pamphilum?* si la réponse porte *spondeo Stichum*, elle est valable; seulement, au lieu de deux obligations, il ne s'en forme qu'une seule (§ 18 *sup.*) (1); 2° la réponse du promettant n'est pas viciée par les inutilités qu'il y ajoute (L. 65 pr., *De verb. obl.*). Si donc la question est ainsi formulée : *Spondes Stichum?* et qu'il réponde : *spondes Stichum et Pamphilum*, la mention de Pamphile est considérée comme une simple superfluité, et il se forme une obligation qui a pour objet Stichus (L. 1 § 5, *De verb. obl.*).

En résumé donc, répondre conformément à l'interrogation, c'est promettre l'objet même qui est demandé, le promettre tout entier, et le promettre de la même manière qu'il a été stipulé. Mais en quoi, dira-t-on, la règle qui exige quant au fond la conformité de la réponse à l'interrogation se rattache-t-elle aux solennités de la stipulation? Le voici : dans la théorie primitive, c'est en vain que le créancier acceptait, même immédiatement, les modifications contenues dans la réponse du promettant : la stipulation, nonobstant cet accord réel des volontés, restait nulle, et cela évidemment par un simple défaut de forme. Mais ici encore la rigueur du vieux droit finit par céder, et Ulpien décide que les divergences entre la question et la réponse ne font obstacle à la formation du contrat qu'autant que le stipulant n'a pas à l'instant même adhéré aux volontés du promettant (L. 1 § 3, *De verb. obl.*). Cette doctrine admise, l'étude de notre matière rentre exclusivement dans celle du consentement, et c'est là qu'elle sera développée (n° 500) (2).

498. Il est facile de voir que dans le dernier état du droit classique les formes de la stipulation ne consistent plus qu'en une interrogation solennelle et une réponse solennelle ou non, l'une et l'autre s'enchaî-

(1) En supposant que les deux objets stipulés eussent été promis, il serait encore utile de constater que les parties ont voulu faire naître deux obligations distinctes. En effet, le débiteur pourrait offrir le payement de l'une sans offrir le payement de l'autre (n° 690); et pareillement l'une des deux pourrait être novée, l'autre restant *in sua causa* (n° 695).

(2) Le principal avantage de la stipulation est de donner une forme brève et saisissante aux conventions des parties. Mais il y a nombre de cas où ces conventions demandent à être minutieusement détaillées, si l'on veut qu'elles soient claires et complètes. L'usage alors est de les préciser dans un pacte préliminaire (*præfationes*) qu'on écrit et qui par lui-même est dépourvu de toute force obligatoire. Puis, sans les reprendre en détail, le créancier stipule en ces termes : *Ea omnia quæ suprascripta sunt, dari fieri spondes?* (L. 134 §§ 1 et 3; L. 140 pr. *De verb. obl.*).

nant sans interruption suffisante pour les empêcher de constituer une seule opération. Sous le Bas-Empire, la forme même de l'interrogation finit par devenir libre, l'empereur Léon ayant, par une constitution de l'an 469, supprimé la nécessité des paroles solennelles (§ 1 *sup.* — L. 10, C., *De contr. et committ. stip.*, VIII, 38). Par cette nouvelle et dernière simplification, la formule *spondes? spondeo* perdit la valeur spéciale que les anciens y avaient attachée, et dès lors le contrat de stipulation appartint d'une manière absolue au *jus gentium*.

Reste à montrer que dès l'époque classique, et bien plus encore dans la législation de Justinien, les parties ont à leur disposition, grâce aux règles sur la preuve, un moyen d'éluder en fait, dans une assez large mesure, la nécessité des solennités légales. Et en effet, c'est un principe incontestable que pour se prévaloir d'un contrat de stipulation il faut prouver l'accomplissement réel de toutes les formes prescrites. Mais comment s'applique ce principe? D'ordinaire, les parties dressent un acte écrit, et cet acte, fût-il inexact ou mensonger, fait foi tant qu'il n'est pas démontré tel. Il y a plus : une constatation détaillée des formes accomplies n'est pas nécessaire ; il suffit que l'écrit mentionne une promesse faite par telle personne à telle autre pour qu'on présume la pleine et entière observation de la loi, et cela parce que, dans un langage exact, qui dit promesse dit réponse régulière à une interrogation elle-même régulière (§ 17 *sup.*; § 8 *sup.*). Donc, en dernière analyse, un mensonge écrit va, jusqu'à preuve contraire, ou réparer les vices de forme d'une stipulation mal faite, ou même simuler une stipulation qui n'a pas eu lieu. Dans le cas spécial de simulation, le défendeur qui veut renverser la présomption résultant de l'écrit offrira volontiers de prouver qu'il n'était pas en présence de son adversaire au moment où celui-ci prétend que le contrat s'est formé, et cette preuve était toujours recevable dans l'ancien droit (L. 134 § 2, *De verb. obl.* — L. 1, C., *De contr. et comm. stip.*, VIII, 38). Mais Justinien, voulant, dit-il, enlever un aliment à l'esprit de chicane, la proscrivit, du moins dans l'hypothèse la plus ordinaire, celle d'un acte portant indication du jour et du lieu du contrat. Le défendeur en pareil cas dut établir non seulement que son adversaire et lui ne s'étaient pas rencontrés au jour indiqué, mais que l'un des deux l'avait passé tout entier hors du territoire désigné, et cette preuve elle-même ne put se faire que par écrit ou à l'aide de témoins placés au-dessus de tout soupçon (*omni exceptione*

majores. — § 12 *sup.* — L. 14, C., *De contr. et comm. stip.*). La conséquence de cette décision est claire : deux personnes, sans prendre la peine de se voir ni de se parler, s'accordent pour rédiger un écrit constatant qu'elles ont fait une stipulation ; pourvu qu'à ce jour elles se trouvent l'une et l'autre dans le lieu d'où l'acte est daté, leur mensonge sera inattaquable.

II. — CONSÉQUENCES DES FORMES DU CONTRAT DE STIPULATION RELATIVEMENT A SON INTERPRÉTATION ET A SA NATURE.

499. Du caractère solennel de la stipulation il résulte nécessairement que ce contrat doit recevoir une interprétation étroite. J'ai dit, en effet, qu'en cette matière le consentement ne vaut que par les formes dont il est revêtu ; si donc les paroles sont la cause de l'obligation, ce sont elles aussi qui en donnent la mesure, en d'autres termes l'étendue de l'obligation est exactement égale au contenu des paroles, elle ne saurait être ni supérieure ni inférieure. Cela signifie-t-il qu'on n'ait pas à rechercher ici l'intention des parties (*quod actum est*)? non certes (1), cette recherche est de règle dans tous les contrats (L. 34, *De reg. jur.*, L, 17) ; mais ce qu'il y a ici de particulier, c'est que l'intention des parties, fût-elle évidente, doit rester sans effet toutes les fois qu'il est impossible de la faire ressortir des paroles employées (2). Cette règle, dont j'aurai à présenter mainte application (3), peut être favorable tantôt au stipulant, tantôt au promettant. Maintenant, supposons que les paroles se prêtent à deux interprétations différentes. Quelle est celle qu'il faudra choisir? Ici la règle ne se déduit plus simplement du caractère solennel du contrat, mais de la nature spéciale de ces solennités ; et cette règle, c'est que l'interprétation la plus favorable au promettant doit prévaloir. Et en effet, puisque c'est le stipulant qui interroge, c'est lui par cela même qui détermine l'étendue et les conditions de l'obligation, c'est lui qui limite d'avance la portée de la réponse. Donc qu'il s'en prenne à lui-même et à lui seul, s'il n'a pas formulé son interrogation d'une ma-

(1) Des textes nombreux prouvent qu'on recherche toujours l'intention des parties (Ex. : LL. 32, 41 pr., 94, *De verb. obl.* — L. 21, *De reb. dub.*, XXXIV, 5).

(2) Paul dit très exactement : *In stipulationibus verba ex quibus obligatio oritur inspicienda sunt* (L. 126 § 2, *De verb. obl.*).

(3) J'en ai déjà signalé une en passant (t. I, p. 986, note 1). On en trouvera une autre dans les textes suivants (L. 76 § 1 ; L. 89 ; L. 125, *De verb. obl.*).

nière assez explicite ou assez large (38 § 18; L. 99 pr., *De verb. obl.*).

Pareillement, de la nature des formes de la stipulation il ressort que ce contrat est par essence unilatéral (1). Gaius (III, § 137) dit avec énergie, et les Institutes (pr., *De cons. obl.*, III, 22) le répètent : *alius stipulatur, alius promittit*, c'est-à-dire que l'un des contractants devient créancier sans devenir débiteur, tandis que l'autre devient débiteur sans devenir créancier. D'où il résulte qu'à la différence de la vente, du louage et de tous les contrats synallagmatiques, la stipulation n'engendre jamais qu'une seule action, et cette action, comme toutes celles qui dérivent d'un rapport juridique unilatéral, appartient invariablement à la catégorie des actions *stricti juris*. Mais ce qu'il importe surtout de remarquer ici, c'est que ce caractère unilatéral s'entend avec une rigueur que nos législations modernes ne connaissent plus, et cela en ce sens qu'il n'y a pas lieu, en principe, de rechercher, en dehors du contrat lui-même, la cause qui a déterminé l'obligation du promettant (2). Deux hypothèses vont me faire comprendre : 1° supposez que les parties aient décomposé et réalisé par deux stipulations distinctes une opération naturellement synallagmatique, par exemple une vente ou un échange ; le juge saisi de l'action intentée en vertu de l'une de ces stipulations doit l'appré-

(1) D'après un texte d'Ulpien (L. 19, *De verb. sign.*, L, 16), la qualification de contrat ne conviendrait qu'à des opérations synallagmatiques : la stipulation ne serait donc pas un contrat. Cette idée, insoutenable en elle-même, n'était certainement pas celle du jurisconsulte. Selon tout probabilité, il se proposait simplement de déterminer quel était, par opposition au mot *actus*, le sens du mot *contractus* dans le texte de l'édit relatif aux actes faits avec une personne qui plus tard viendrait à subir la *capitis deminutio* (L. 2 § 1, *De cap. min.*, IV, 5). En isolant la loi 19 et en voulant lui donner une portée absolue, Justinien ne se contente pas d'en fausser la signification originaire, il lui prête un non-sens.

(2) Tel est le principe. Mais il est juste de reconnaître que la législation manifesta une tendance prononcée à s'en écarter de plus en plus. Notamment la promesse faite à titre gratuit est soumise à des règles spéciales dont l'application serait impossible si l'on faisait abstraction de sa cause. Ainsi elle exclut naturellement toute obligation de garantie (L. 131 § 1, *De verb. obl.*) ; elle est nulle entre époux (n° 309) ; dépassant le *modus Cinciæ*, elle demeure abandonnée au bon vouloir du donateur (n° 303) ; et s'il est pauvre, elle lui vaut l'exception *quod facere potest* (n° 305) ; enfin, elle peut s'éteindre par une conséquence de la règle : *Duæ lucrativæ causæ in eumdem hominem et in eamdem rem concurrere non possunt* (n° 400). Pareillement lorsque le stipulant est un esclave grevé d'usufruit, une personne libre ou esclave possédée de bonne foi par un tiers, ou un fils de famille propriétaire d'une pécule *castrense*, il importe de rechercher la cause de la stipulation pour savoir à qui la créance appartient (nos 299, 686 et 688).

cier comme si l'autre n'existait pas. On arrive donc, en scindant deux opérations qui étaient la cause et la condition l'une de l'autre, à fausser la pensée des parties ou tout au moins à multiplier les procédures; 2° soit une stipulation déterminée par un but immoral ou contraire à la loi. Si l'on veut, j'ai promis une somme à Primus comme prix d'un meurtre qu'il doit commettre ou pour l'empêcher d'en commettre un, mais ce but n'a pas été exprimé dans la formule de la stipulation. Comme l'objet de ma promesse est licite en lui-même, et qu'on s'attache uniquement au contenu des *verba*, je suis lié. Sans doute, à la condition de prouver la réalité des faits, une exception me permettra de repousser la demande du créancier; mais la nature même de ce moyen témoigne avec énergie que le droit civil reconnaît l'existence et la validité du contrat.

DU CONSENTEMENT DES PARTIES CONTRACTANTES.

Sommaire : I. Des cas où le consentement fait absolument défaut. — II. Des vices qui altèren le consentement sans le détruire.

I. — DES CAS OU LE CONSENTEMENT FAIT ABSOLUMENT DÉFAUT.

Lib. III, tit. XIX, *De inutilibus stipulationibus*, § 5. — Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea quæ interrogatus erit non respondeat, veluti si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra; aut si ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra, si modo scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione vel in diem stipulanti tu respondeas : *præsenti die spondeo;* nam si hoc solum respondeas : *promitto*, breviter videris in eamdem diem vel conditionem spopondisse; neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti quæ stipulator expresserit (Gaius, III, § 102),

La stipulation est encore inutile, lorsque la réponse ne concorde pas avec l'interrogation, par exemple si l'on stipule de vous dix et que vous répondiez cinq, ou réciproquement; ou encore si l'on stipule purement et que vous répondiez sous condition, ou réciproquement; mais il faut pour cela que le défaut de concordance résulte des expressions mêmes, c'est-à-dire qu'interrogé sous condition ou à terme, vous répondiez : *je promets aujourd'hui*; car si vous vous contentez de répondre : *je promets*, vous êtes réputé comprendre dans ce mot bref le même terme ou la même condition; en effet, il n'est pas nécessaire que la réponse reproduise toutes les paroles exprimées par le stipulant.

§ 8. — Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quod agit (Gaius, III, § 106).

Le fou ne peut participer à aucun acte, parce qu'il ne comprend pas ce qu'il fait.

§ 23. — Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset : veluti si hominem Stichum a te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.

Si le stipulant a eu en vue une chose et le promettant une autre, l'obligation ne se forme pas plus que si l'interrogation fût restée sans réponse : par exemple, si quelqu'un a stipulé de vous l'esclave Stichus et que votre pensée se soit portée sur Pamphile que vous avez cru s'appeler Stichus.

500. J'ai moins à insister ici sur la nécessité du consentement, qui est l'âme de tout contrat, qu'à analyser et à classer les cas dans lesquels il manque absolument. Pour me faire bien comprendre, je place les parties en présence l'une de l'autre, je les suppose matériellement capables d'accomplir et accomplissant en effet les solennités de la stipulation, et je me demande comment il pourra se faire que ces solennités restent inutiles faute de contenir une convention. Or, trois ordres d'hypothèses se conçoivent :

1° *Les parties ou l'une d'elles étaient dans l'impossibilité de consentir.* — Ceci suppose presque nécessairement démence (§ 8 *sup.*), ivresse complète, ou délire provenant d'une cause quelconque. Dans ces divers états, l'homme peut entendre des sons vides, prononcer des mots sans idée ; mais n'ayant pas la possession de son intelligence, il n'a pas, il ne peut pas avoir de volonté. Donc le contrat où ces personnes figurent est nul, quelque rôle qu'elles y jouent.

2° *Les parties pouvaient consentir, mais elles ne l'ont pas voulu.* — Dans cette hypothèse rentrent non seulement les stipulations dont les parties n'auraient prononcé la formule qu'en plaisantant (L. 3 § 2, *De obl. et act.*, XLIV, 7. — Varr., *De ling. lat.*, VI, 72), mais aussi, ce qui est beaucoup plus pratique, celles dans lesquelles la réponse ne concorde pas au fond avec l'interrogation (1). Ce défaut de concordance, que j'ai déjà caractérisé d'une manière générale (n° 497), peut se présenter de trois manières différentes : 1° l'interrogation étant pure et simple, la réponse contient l'expression d'une

(1) Dans la même hypothèse rentrent les stipulations subordonnées soit à une condition purement potestative du côté du promettant, soit à une condition positive impossible (n°s 533 et 535).

modalité, telle que terme, condition ou alternative; ou réciproquement, cette modalité figure dans l'interrogation, et la réponse la supprime expressément; 2° à l'objet énoncé dans l'interrogation, la réponse en substitue un autre tout différent; 3° enfin, au lieu de ce changement total, la réponse se borne à augmenter ou à diminuer l'objet. Dans les deux premiers cas, la nullité paraît admise universellement et sans difficulté (§ 5 *sup.* — L. 1 § 3; L. 83 § 2, *De verb. obl.*). Il en est de même, au troisième cas, lorsque le contrat a pour objet soit un corps certain, soit une quantité déterminée autre qu'une somme d'argent. Si par exemple, à cette interrogation : *spondes fundum Cornelianum* ou *spondes centum modios tritici*, le promettant répond *spondeo dimidiam partem fundi Corneliani* ou *spondeo ducentos modios tritici*, le contrat ne se forme pas (1). Mais supposons qu'il s'agisse d'une somme d'argent et que la promesse contienne plus ou moins que la stipulation, que par exemple ainsi interrogé : *spondes decem aureos?* je réponde *spondeo quinque* ou *spondeo quindecim* : ici nous trouvons les jurisconsultes partagés. Tandis que Gaius (III, § 102), organe, je le crois, d'une doctrine qui avait été jadis unanimement admise, se prononce sans hésiter pour la nullité complète, Ulpien et Paul (L. 1 § 4; L. 83 § 3, *De verb. obl.*) décident que l'obligation naît jusqu'à concurrence de la plus faible des deux sommes, et voici comment j'explique cette divergence : aux yeux de Gaius, une somme d'argent forme un seul tout; si donc vous ajoutez ou retranchez quelque chose à la somme que je vous demande, l'objet promis n'est plus exactement l'objet stipulé. Pour Ulpien et Paul, au contraire, une somme d'argent peut se décomposer en autant de sommes qu'elle comprend d'unités. Si donc, quand je vous demande dix sous d'or, vous m'en promettez cinq ou quinze, c'est comme si, ma question comprenant dix objets distincts, vous en eussiez éliminé cinq ou ajouté cinq autres, auquel cas, je l'ai déjà dit (n° 497), l'obligation vaut pour tous les objets qui figurent tant dans l'interrogation que dans la réponse (2).

A. Les deux opinions comprises, il faut en apprécier la valeur res-

(1) Dans le dernier état du droit, la nullité, je le rappelle, suppose toujours que la volonté du promettant n'a pas été immédiatement agréée par le stipulant (n° 497 *in fine*).

(2) Supposons que l'on stipule *pecuniam quæ in conspectu est*, ou *acervum pecuniæ*. Ici Ulpien lui-même admet que la stipulation est réputée n'avoir qu'un seul objet, car les parties n'ont pas envisagé l'argent promis comme une chose qui doive se compter (L. 29 pr., *De verb. obl.*).

pective. Or, de deux choses l'une : ou la stipulation ne se rattache à aucune autre opération ou rapport juridique, en d'autres termes elle est gratuite. Ici la décision d'Ulpien et de Paul me paraît incontestablement la meilleure : car qui consent à donner quinze consent bien à donner dix, et qui compte recevoir gratuitement dix se contentera, s'il le faut, d'une libéralité moindre. Ou au contraire, la stipulation ne tend qu'à consacrer ou à rajeunir une autre opération, et ici je crois devoir distinguer : si la réponse contient plus que l'interrogation, c'est encore à la doctrine d'Ulpien et de Paul que je donnerais la préférence ; si au contraire elle contient moins, je me rangerais plus volontiers du côté de Gaius. Deux exemples vont mettre ma pensée dans tout son jour. Je vous prête cent sous d'or, et, conformément à une habitude très familière aux Romains, je les stipule. Si vous me promettez cent cinquante au lieu de cent, il est de toute évidence qu'une réduction à ce dernier chiffre ne présente aucun inconvénient. Que si au contraire vous me promettez seulement cinquante, ce serait à coup sûr méconnaître ma pensée et mon but que de valider le contrat même dans cette limite. Car qu'ai-je voulu ? substituer pour le tout la *condictio ex stipulatu* à la *condictio ex mutuo*, et non pas acquérir l'une et l'autre pour moitié seulement. De même supposons que vous me deviez deux fois cinquante *aurei* en vertu de deux causes distinctes. Voulant par une novation réunir ces deux obligations en une seule, je stipule de vous cent *aurei*. Si vous m'en promettez cent cinquante, une réduction de votre promesse n'empêche pas mon but de se réaliser. Mais si votre promesse ne contient que cinquante *aurei*, quelle est des deux obligations celle que vous avez consenti à nover ? on l'ignore, et, en admettant même que les circonstances révèlent votre pensée, vous n'avez pas répondu à la mienne. Car, votre promesse validée, j'aurais toujours deux créances, et je puis très bien préférer le maintien pur et simple du *statu quo* à un changement qui ne me donnerait qu'une satisfaction insuffisante (1). J'ai raisonné jusqu'ici comme si l'opinion d'Ulpien et de Paul était absolue. Mais l'était-elle véritablement ? Sans oser rien affirmer, je conjecture que les distinctions que je propose ne leur avaient pas échappé, et j'estime que leur pensée peut se traduire ainsi : quand l'interrogation et la réponse ne diffèrent que par

(1) La distinction que je propose peut s'autoriser, par analogie, de ce qui est décidé en la loi 52, *locati* (XIX, 2) que j'explique un peu plus loin (page 221).

le chiffre de la somme exprimée, cela ne suffit pas pour établir le défaut de consentement; mais il reste à examiner d'après les circonstances si la somme énoncée dans l'interrogation a été considérée comme formant oui ou non un tout indécomposable, et c'est la négative qui doit être présumée. Ainsi entendue, la doctrine d'Ulpien et de Paul ne se concilie certainement pas avec celle de Gaius qui est absolue : elle n'a pas non plus le même mérite de simplicité pratique, car elle peut donner lieu à des questions de fait très délicates. Mais elle constitue un progrès au double point de vue de l'équité et de l'analyse. Au surplus, si le Digeste paraît consacrer cette doctrine nouvelle, les Institutes (§ 5 *sup.*) reproduisent en termes très affirmatifs celle de Gaius : il y a là une contradiction qu'il ne faut ni dissimuler ni atténuer.

501. 3° *Les parties ont cru consentir, mais une erreur a détruit leur consentement.* — Certains textes, isolés et pris à la lettre, feraient croire que les jurisconsultes considèrent sans distinction l'erreur comme détruisant le consentement, donc aussi comme s'opposant à la formation du contrat (ex. : L. 57, *De obl. et act.*, XLIV, 7. — L. 116 § 2, *De reg. jur.*, L, 17). Et pourtant, s'il y a des erreurs qui suppriment l'accord des volontés, il y en a d'autres qui n'exercent sur lui aucune influence, il y en a même qui contribuent à le déterminer. Ces textes pèchent donc, au point de vue psychologique, par un excès de généralité; reste à savoir s'ils expriment exactement la doctrine du droit positif. Or la négative n'est pas douteuse ; la difficulté consiste seulement à tracer avec précision la ligne de démarcation entre les erreurs qui empêchent la formation du contrat et celles qui ne l'empêchent pas. Pour arriver à une règle, examinons successivement, et sans nous restreindre au contrat de stipulation, quelles sont les diverses erreurs prévues par les textes et comment elles y sont traitées.

Erreur sur la nature du contrat. — Par exemple, je vous livre une somme d'argent dans l'intention de faire un dépôt, et vous croyez la recevoir à titre de *mutuum*. Dans l'espèce nous n'aurons ni dépôt ni *mutuum*, et d'une manière générale, en toute hypothèse pareille il n'y aura rien de fait (L. 18 pr. et § 1, *De reb. cred.*, XII, 1). Autrement, il faudrait de toute nécessité sacrifier la volonté de l'une des parties pour consacrer exclusivement celle de l'autre. Ai-je besoin d'ajouter qu'une telle erreur, déjà rare en elle-même, paraît presque inconcevable en matière de stipulation, les formes particulières de ce

contrat ne se prêtant guère à un désaccord des parties sur la nature de l'opération qu'elles veulent faire (1)?

Erreur sur l'identité de la personne. — Cette erreur, encore plus rare que la précédente, et dont les Pandectes ne nous donnent qu'un seul exemple (L. 31, *De reb. cred.*) (2), se conçoit très bien dans les contrats où le consentement de l'une des parties peut être transmis à l'autre par l'intermédiaire d'un tiers ; par exemple, je crois que vous m'apportez le consentement de Primus, quand en réalité vous m'apportez celui de Secundus. Une raison décisive empêche ici la formation du contrat, c'est qu'il est impossible de dire que les deux parties traitent l'une avec l'autre. Mais ce genre d'erreur est tout à fait inconcevable dans une stipulation : là, en effet, les parties sont en présence l'une de l'autre : or sans doute je puis me tromper sur les qualités, sur la condition, sur l'individualité civile de la personne que j'ai devant moi, mais c'est bien elle que j'interroge ou elle à qui je réponds; donc aussi c'est bien avec elle que je veux traiter, quoique, mieux instruit, je ne l'eusse peut-être plus voulu.

Erreur in corpore, c'est-à-dire sur l'identité de la chose qui doit former l'objet de l'obligation. — Par exemple, à cette interrogation *spondes Stichum?* vous avez bien répondu *spondeo*, mais vous aviez en vue un autre esclave également appelé Stichus ou auquel vous appliquez à tort ce nom. Cette troisième erreur se conçoit dans tous les contrats, et dans tous elle entraîne nullité, parce qu'autrement il faudrait, pour déterminer l'objet de l'obligation, suivre la volonté de l'une des parties et exclure celle de l'autre (§ 23 *sup.* —

(1) Cependant on peut construire l'hypothèse suivante : vous voulez acheter une chose, et je veux vous la vendre. Pour mieux fixer votre attention, mais sans aucune idée de substituer l'action *ex stipulatu* à l'action *venditi*, je vous dis : *spondes pretii nomine centum aureos?* Vous me répondez *spondeo*, et cela dans la croyance que je veux vous obliger *ex stipulatu*. Dans l'espèce le contrat de stipulation ne se forme pas, puisque j'ai voulu rester vendeur. Mais comme, par hypothèse, aucun des éléments de la vente n'a manqué, vous restez tenu à titre d'acheteur. Cette espèce m'est suggérée par un texte précédemment indiqué (t. II, page 207, note 2).

(2) Le voici : vous sollicitez de Titius et de moi un prêt d'argent, je consens à vous prêter, mais l'argent me manque. Dans cette situation, je donne ordre à mon débiteur de vous faire une promesse, de telle sorte que, comme cette promesse est assimilée à une dation (L. 18, *De fid.*, XLVI, 1), vous deveniez par rapport à moi un emprunteur. Vous stipulez effectivement de mon débiteur, mais cela dans la pensée qu'il est le débiteur de Titius et non le mien. Le *mutuum* ne se forme pas; car c'est chez moi que l'intention de prêter se rencontre, et c'est à Titius que vous croyez emprunter.

L. 83 § 1; L. 137 § 1, *De verb. obl.* — L. 9 pr., *De contr., empt.*, XVIII, 1. — L. 4 pr., *De leg.* 1°, XXX) (1).

Erreur sur le prix. — Cette erreur ne se conçoit que dans les contrats qui font naître des obligations réciproques dont l'une a pour objet de l'argent. Pomponius, qui la prévoit spécialement dans l'hypothèse d'un louage, en détermine les conséquences d'après une distinction très rationnelle : supposez que je consente à vous donner mon fonds à bail pour dix sous d'or, mais que dans votre pensée le prix soit ou plus fort ou plus faible, par exemple de quinze ou de cinq. Dans le premier cas, le contrat se forme, mais vous ne me devrez que dix. Votre erreur en effet ne détruit pas ma volonté de louer pour cette somme, et il est de toute évidence que consentant à prendre la chose pour quinze, à plus forte raison consentez-vous à la prendre pour dix. Que si au contraire vous avez eu l'intention de ne me donner que cinq, il n'y a pas de contrat, car je ne veux pas de ce prix trop faible, et rien ne prouve que vous consentiriez à le doubler (L. 52, *Loc. cond.*, XIX, 2).

Erreur in substantia ou in materia. — J'appelle ainsi l'erreur sur la composition de la chose qui fait l'objet de l'obligation. Par exemple, je promets un vase d'or que je crois de cuivre, ou à l'inverse je stipule un vase de cuivre que je crois d'or. Sans doute ma promesse est plus onéreuse ou ma stipulation moins avantageuse que je ne ne le pensais, et il est fort probable que, mieux renseigné, je me serais abstenu. Mais cela fait-il que ma volonté ne se soit pas accordée avec la vôtre sur l'objet de l'obligation ? Nullement ; donc le contrat se forme. Telle est la règle incontestée en matière de stipulation (L. 22, *De verb. obl.*), et selon moi, telle fut aussi la règle généralement admise dans la vente et par conséquent dans tous les autres contrats. J'en trouve la preuve dans un texte de Paul (L. 21 § 2, *De act. empt.*, XIX, 2) (2), et dans une décision de Marcellus rapportée par Ulpien (L. 9 § 2, *De contr. empt.*, XVIII, 1). Il est

(1) Supposez que l'erreur *in corpore* ne porte que sur un objet accessoire. Quel en sera l'effet? Paul, visant spécialement l'hypothèse d'une vente, décide que le contrat se forme, mais que, pour déterminer l'objet de l'obligation accessoire, il faut s'attacher à la pensée du débiteur, c'est-à-dire ici du vendeur (L. 34 pr., *De contr. empt.*, XVIII, 1). La question est de savoir s'il faut généraliser cette décision.

(2) Quelques interprètes, gênés par le texte de Paul et voulant à toute force lui faire admettre la nullité de la vente, insèrent une négation dans le texte après le mot *emptionem*. Je rejette cette addition, qui d'ailleurs me paraît condamnée par un autre texte de Paul (L. 15 pr., *De contr. empt.*).

vrai que dans la vente, et, je pense, aussi dans le louage, ce dernier jurisconsulte fait de l'erreur *in materia* une cause de nullité, mais il y met deux conditions : 1° il faut que l'erreur se trouve du côté de l'acheteur; 2° il faut que l'objet acheté ne contienne pas une parcelle de la substance dont l'acheteur l'a cru tout entier composé L. 9 § 2; L. 14, *De contr. empt.*) (1). La nécessité même de ces deux conditions démontre que la décision d'Ulpien est exceptionnelle et de pure faveur. Son raisonnement est sans doute celui-ci : l'acheteur aurait droit à des dommages-intérêts presque égaux à la valeur de l'objet vendu, il est donc bien plus simple de l'autoriser à tenir le contrat pour nul. Mais très probablement ce jurisconsulte n'admettait la nullité ni en dehors des contrats de vente ou de louage (L. 1 § 2, *De pignor. act.*, XIII, 7), ni, dans ces contrats eux-mêmes, en faveur du vendeur ou du locateur qui s'étaient trompés.

Erreur in qualitate (2). — Par exemple, c'est bien, comme je le crois, un vase d'or que je promets ou que je stipule; mais l'or est d'une qualité inférieure ou supérieure à celle que j'avais en vue. Cette erreur, beaucoup moins grave que la précédente, doit être à plus forte raison indifférente en ce qui concerne la formation du contrat (L. 10, *De contr. empt.*).

Erreur sur le fait qui me détermine à contracter. — Ainsi je vous promets une somme d'argent parce que je crois que vous avez géré mes affaires, et vous ne les avez jamais gérées, ou bien encore parce que je me crois votre débiteur, et je ne le suis pas. Cette erreur ne nous empêche pas d'être pleinement d'accord sur le résultat immédiat que nous poursuivons. Le contrat se forme donc sans difficulté (L. 65 § 2, *De cond. ind.*, XII, 6), de telle sorte que nous retrouvons ici la doctrine déjà exposée en matière de tradition et de legs (n° 226 et 385) (3).

De cette série de décisions que vais-je conclure? Qu'en règle générale, et réserve faite de l'opinion particulière d'Ulpien relativement à l'erreur *in materia*, aucune erreur n'annule l'opération qu'autant qu'elle la réduit à être l'œuvre d'une seule volonté.

(1) A l'erreur *in materia* Ulpien assimile l'erreur *in sexu* quand il s'agit d'achat d'esclaves (L. 11 § 1, *De contr. empt.*).

(2) Sous le nom d'erreur *in qualitate* on comprend quelquefois celle même qui porte sur la *materia* (L. 21 § 2, *De act. empt.*)

(3) Je pourrais ajouter à cette liste : 1° l'erreur qui porte seulement sur le nom de la chose due (L. 9 § 1, *De contr. empt.* — L. 32, *De verb. obl.*); 2° l'erreur sur

II. — DES CAUSES QUI ALTÈRENT LE CONSENTEMENT SANS LE DÉTRUIRE.

502 *a.* — Les deux causes principales, et, selon quelques interprètes, les seules qui altèrent le consentement sans le faire disparaître, sont le dol et la violence exercés sur l'une des parties contractantes. Le dol détermine chez elle une erreur et la violence une crainte, sans lesquelles ou elle ne contracterait pas ou elle ne contracterait qu'à des conditions différentes. Que le consentement subsiste nonobstant le dol ou la violence, cela est manifeste : car, trompé ou violenté, j'ai néanmoins voulu, et j'ai conscience que j'aurais pu ne pas vouloir (L. 21 § 5, *Quod met. caus.*, IV, 2. — L. 22, *De rit. nupt.*, XXIII, 2). Avec plus de finesse ou moins de confiance, j'aurais démêlé les artifices auxquels je me suis laissé prendre ; avec plus de fermeté j'aurais résisté à la crainte. Mais ces données purement psychologiques, le droit romain les a-t-il acceptées? Il ne faut pas hésiter à dire oui ; et c'est ce que je vais démontrer, sans sortir de l'hypothèse d'une stipulation, par la nature même des moyens de protection organisés en faveur de celui qui a été victime du dol ou de la violence.

Et d'abord, s'agit-il d'un dol : ou il émane d'un tiers, et alors le contrat s'exécute comme s'il ne contenait aucun vice, mais le tiers est tenu par l'action *de dolo* de réparer le préjudice causé : ou au contraire le dol est l'œuvre de l'une des parties, et ici l'on distingue quelle est la partie trompée. Est-ce le stipulant : l'action *de dolo* lui est donnée pour obtenir le montant de la différence entre sa créance telle que le dol l'a faite et sa créance telle qu'elle serait sans le dol (L. 22, *De verb. obl.*). Est-ce le promettant : si l'exécution du contrat lui est demandée, il se défend par l'exception *doli mali*, et s'il a exécuté avant d'avoir découvert le dol, il se fait indemniser par la *condictio indebiti* (L. 36, *De verb. obl.* — °N 839).

Passons au cas de violence. Ici la complication est bien moindre : quel que soit l'auteur de la violence, l'action *quod metus causa* compète immédiatement tant contre lui que contre celui qui en a profité ; et si la victime est le promettant, une action n'est pas même nécessaire, l'exception *quod metus causa* suffisant pour repousser la

les qualités de la personne avec qui je traite ; 3° l'erreur sur le motif qui la porte à contracter. Toutes les trois sont évidemment indifférentes en ce qui concerne la formation du contrat.

demande du créancier (L. 9 § 3, *Quod met. caus.*, IV, 2. — L. 5, C., *De inut. stip.*, VIII, 39).

J'ajoute que le dol et la violence peuvent aussi sous certaines conditions motiver une *in integrum restitutio*. Or, ces divers moyens, exceptions et actions *de dolo* ou *quod metus causa*, et *in integrum restitutio*, sont tous d'origine prétorienne, et tous supposent essentiellement que la validité de l'acte juridique contre lequel ils sont dirigés est reconnue par le droit civil. C'est donc que ni le dol ni la violence ne font obstacle à la formation du contrat (1).

503 *a*. Reste à rechercher si l'erreur, je parle de celle qui laisse le consentement entier, doit être considérée comme ne le viciant jamais. On l'a dit; et pourtant, si le dol vicie le consentement, n'est-ce pas à cause de l'erreur qu'il engendre? Pourquoi donc la simple erreur, quand c'est bien elle qui a décidé une partie à contracter, ne produirait-elle pas le même résultat? Seulement, comme l'erreur non déterminée par un tiers n'est imputable qu'à celui qui l'a commise, je dirai que le plus souvent, ~~que~~ presque toujours c'est lui qui doit en supporter les conséquences. Et maintenant, que telles aient été les idées romaines, c'est ce que plusieurs décisions certaines concourent à démontrer : 1° supposons une promesse faite à Titius par quelqu'un qui à tort croyait être son débiteur, les textes s'accordent à dire que

(1) Je dois faire ici deux observations : 1° Il est possible que la violence détermine la personne qui en est victime à simuler une volonté qu'elle n'a pas. En pareil cas il y a défaut absolu de consentement, et l'acte est réputé non avenu (L. 6 § 7, *De acq. vel omitt. her.*, XXIX, 2. — L. 17 pr., *Qui et a quib. manum.*, XL, 9); 2° un texte d'Ulpien (L. 7 pr., *De dol. mal.*, IV, 3) paraît admettre que la vente est nulle de plein droit, lorsque le dol de l'une des parties a déterminé chez l'autre non pas seulement l'acceptation de telle ou telle clause, mais bien la volonté même de contracter. Cette doctrine, que quelques interprètes ont accueillie et même étendue à tous les contrats de bonne foi, n'est guère soutenable : elle est directement réfutée par d'autres textes du même jurisconsulte, relatifs à l'effet du dol en matière de vente (L. 9 pr., *De dol. mal.*, 10, 3. — L. 11 § 5; L. 13 § 27, *De act. empt.*, XIX, 1). Ce qui la condamne plus fortement encore, c'est que la violence, vice plus grave que le dol, ne détruit pas les actes qui n'exigent que le consentement (L. 21 § 4, *Quod met. caus.*, IV, 2. — L. 4, C., *De his quæ vi*, II, 20). Enfin, si le dol était une cause de nullité lorsqu'il émane de l'une des parties, cela signifierait qu'il est réputé supprimer le consentement, et alors comment expliquer qu'il n'eût plus le même effet lorsqu'il est l'œuvre d'un tiers? La difficulté se ramène donc à rechercher quelle est la véritable signification du texte d'Ulpien; or la voici : à raison du caractère de bonne foi du contrat de vente, la partie trompée n'a pas besoin, quand elle est poursuivie, de faire insérer l'exception de dol dans la formule; et, lorsqu'elle a exécuté, elle n'est pas réduite à l'action *de dolo*, elle peut exercer l'action du contrat pour obtenir ou la résolution ou des dommages-intérêts.

la demande du créancier sera repoussée ou par une exception *in factum* ou par l'exception *doli mali* (Inst., § 41, *De act.*, IV, 13. — L. 5 § 1, *De act. empt.*, XIX, 1). Généralisons cet exemple, et nous donnerons de telles exceptions au promettant toutes les fois que le stipulant ne pourra pas faire valoir sa créance sans commettre un acte de mauvaise foi (L. 36, *De verb. obl.*). 2° Aucune action pareille aux actions *de dolo* ou *quod metus causa* n'est donnée sur le fondement de l'erreur, et c'est pourquoi le stipulant qui s'est trompé ne trouve pas de ressource dans le droit commun (L. 22, *De verb. obl.*), décision d'autant plus équitable en principe qu'il n'y a pas plus de mauvaise foi chez l'une des parties que chez l'autre. 3° Enfin, le secours extraordinaire de l'*in integrum restitutio* peut être accordé, ainsi qu'on le verra plus tard, à la partie victime de l'erreur.

DE LA CAPACITÉ DES PARTIES CONTRACTANTES.

Lib. III, tit. XVII, *De stipulatione servorum*, pr. — Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed hereditas in plerisque (1) personæ defuncti vicem sustinet, ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, acquirit hereditati, ac per hoc etiam heredi postea facto.

Lib. III, tit. XVII, *De inutilibus stipulationibus*, § 6. — Item inutilis est stipulatio, si ab eo stipuleris qui juri tuo subjectus est, vel si is a te stipuletur. Sed servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne alii quidem ulli; filii vero familias alii obligari possunt (Gaius, III, § 104).

L'esclave emprunte à la personne de son maître le droit de stipuler. Mais une hérédité représente dans la plupart des cas la personne du défunt, et en conséquence l'esclave héréditaire, stipulant avant l'adition, acquiert pour l'hérédité et par cela même pour celui qui plus tard devient héritier.

De même la stipulation est inutile, lorsque le promettant est soumis à la puissance du stipulant, ou le stipulant à la puissance du promettant. Quant à l'esclave, ce n'est pas seulement envers son maître qu'il ne peut s'obliger, mais envers une personne quelconque ; au contraire, les fils de famille peuven s'obliger envers un tiers.

504. Les règles qui gouvernent le capacité en matière de stipulation

(1) Ces mots *in plerisque* me fournissent l'occasion de réparer une omission qu'on aura pu relever dans mes explications sur la personnalité attribuée à l'hérédité jacente (n° 347). J'aurais dû exprimer que cette fiction, introduite, comme on l'a vu

s'appliquent aussi dans les autres contrats, et plus généralement encore elles s'étendent à tous les actes juridiques qui supposent un concours de volontés.

Pour qu'il soit vraiment utile de ranger la capacité parmi les conditions essentielles à la formation du contrat, ou, ce qui revient au même, de compter l'incapacité au nombre des causes de nullité, il faut que cette condition ne fasse pas double emploi avec les deux précédentes, il faut que la nullité déduite de l'incapacité ne se déduise pas déjà du défaut de consentement ou du défaut de formes. Donc, dans un langage rigoureusement logique, l'impuissance à figurer, soit dans un contrat quelconque, soit seulement dans un contrat de stipulation, ne sera pas *toujours* une *incapacité proprement dite*. Je précise : D'une part, il est certain que le fou et l'*infans* ne peuvent être parties à aucun contrat. Mais pourquoi cela? Parce que les facultés qui font de l'homme un être moral, supérieur à tout ce qui vit autour de lui, je veux dire l'intelligence et la volonté, ont disparu chez l'un et ne sont pas encore développées chez l'autre. Je dirai donc du fou et de l'*infans* qu'ils sont plus qu'incapables (1). Il y a pour eux une impossibilité naturelle et absolue de contracter qui s'impose au législateur (L. 1 §§ 12 et 13, *De obl. et act.*, XLIV, 5. — Inst., §§ 8 et 10, *De inut. stip.*). D'autre part, il est certain aussi que les absents, les muets et les sourds ne peuvent ni stipuler ni promettre. Et pourquoi? Parce qu'il est impossible qu'ils accomplissent les solennités de la stipulation. D'eux je dirai qu'ils ne sont pas incapables, mais qu'un simple obstacle matériel les empêche d'user de leur capacité : cela est de la dernière évidence pour les absents, car ils n'ont qu'à se rapprocher s'ils veulent faire une stipulation, et cela n'est pas moins vrai des muets et des sourds, puisque, si nous leur supposons un moyen quelconque de manifester leur volonté, ils participent valablement à tout acte juridique qui n'exige pas de paroles solennelles (L. 124 pr., *De reg. jur.*, L, 17. — L. 1 § 1, *De pact.*). Donc, que

dans le but principal de valider les acquisitions faites par l'esclave héréditaire, cesse toutes les fois qu'il s'agit d'une acquisition exigeant par sa nature le concours de la volonté du maître ou portant sur un droit que sa mort éteindrait (L. 61 pr., *De acq. rer. dom.*, XLI, 1). Du reste, j'ai présenté ailleurs (nos 273 et 295 *in fine*) les principales applications de cette formule.

(1) Les fous sont de véritables incapables dans les législations qui, comme la nôtre, n'établissent aucune distinction entre les actes qu'ils font dans leurs moments [lucides] et ceux qu'ils font en état de folie. Mais on a vu (no 171) qu'en droit romain cette distinction est fondamentale. Les fous n'y sont incapables de droit qu'autant qu'ils sont incapables de fait.

les fous et les *infantes* soient qualifiés incapables de contracter, les absents, les muets et les sourds incapables de stipuler, j'y consens, pourvu qu'on évite toute équivoque au fond, et qu'on reconnaisse que ces incapables sont tels par la force des choses, qu'ils le sont à raison des deux conditions précédemment développées, et qu'en conséquence ils resteraient tels quand même la loi n'aurait pas fait de la capacité un élément spécial nécessaire à l'existence du contrat.

Qu'est-ce donc, à proprement parler, que la capacité ? C'est l'état d'une personne qui peut consentir, et dont le consentement est reconnu valable sous la seule condition de se manifester dans les formes légales là où il en existe. Donc sont incapables ceux dont la loi annule le consentement, quoique réel, et, s'il y a lieu, revêtu des formes requises. Je divise les incapables en deux classes : la première comprend certaines personnes libres, la seconde embrasse tous les esclaves.

505. *Première classe d'incapables.* — Quand il s'agit de personnes libres, la capacité constitue le principe général. Cependant elle n'appartient jamais ni aux impubères (n[os] 153 à 158) ni aux prodigues interdits (n° 171). Nous la trouvons également refusée, dans l'ancien droit, aux femmes pubères placées en tutelle (n° 165), et fort probablement, dans le droit du Bas-Empire, aux mineurs de vingt-cinq ans pourvus d'un curateur (n° 175). Les développements déjà donnés sur la condition de ces personnes me dispensent d'insister. Je ferai seulement remarquer que leur incapacité est établie soit pour les protéger elles-mêmes contre les entraînements de leur inexpérience et de leur légèreté, soit pour épargner des déceptions à leurs héritiers légitimes ; et de ces motifs certains deux conséquences résultent : 1° l'incapacité de ces personnes se restreint aux actes qui font leur condition pire : si donc les obligations qu'elles contractent sont nulles, au moins comme obligations civiles (1), on ne leur défend pas de stipuler, ni plus généralement d'acquérir une créance contractuelle ; 2° en principe, leur incapacité de s'obliger n'est pas elle-même sans remède, et l'on a déjà vu que les pupilles au-dessous de l'*infantia* et les femmes pubères en tutelle s'obligent valablement avec l'*auctoritas* de leur tuteur, comme aussi les prodigues interdits et les mineurs de vingt-cinq ans avec le consentement de leur curateur. Seuls, les *infantes*, et, quel que soit leur âge, les impubères *alieni juris*, ne peu-

(1) On verra plus tard que ces diverses personnes s'obligent naturellement. Je n'en dirai pas autant du fou ni de l'*infans*, et cela donne un intérêt pratique à la séparation que j'ai essayé d'établir entre eux et les véritables incapables.

vent être relevés de leur incapacité, les uns parce qu'ils n'ont aucune volonté personnelle, et les autres parce qu'ils n'ont jamais besoin de s'obliger (1).

Ce rappel de notions déjà exposées sera complété par trois observations : 1° il ressort de la liste des personnes libres incapables que les fils de famille sont investis d'une aussi pleine capacité que les pères de famille (L. 39, *De obl. et act.*, XLIV, 7. — L. 141 § 2, *De verb. obl.*). (2). Tel est le droit. Mais en fait, si l'on se place à l'époque classique, les fils de famille qui n'avaient pas de pécule *castrense*, ne bénéficiaient jamais de leurs stipulations, ne pouvant acquérir que pour leur père, et ils ne devaient pas facilement trouver quelqu'un

(1) Je n'examinerai pas quelle était la capacité des *peregrini* : elle devait être déterminée par leur loi nationale, puisque toute incapacité résulte de la loi. Je ferai seulement deux observations : 1° il est évident que le fou et l'*infans* pérégrins ne pouvaient pas contracter, et à ce point de vue encore, j'ai eu raison de ne pas compter la folie et l'*infantia* parmi les incapacités proprement dites; 2° la question de savoir quelle est la capacité des pérégrins ne doit pas être confondue avec celle-ci : quels sont les contrats appartenant au *jus civile?* En effet, quand c'est le caractère du contrat qui empêche le pérégrin de contracter, il n'y peut jouer ni le rôle de créancier ni celui de débiteur, tandis que, là où il est simplement incapable, il ne peut s'obliger, mais il peut devenir créancier.

(2) C'est une question discutée entre les interprètes que de savoir si les Romains ont admis la capacité des filles de famille. Selon moi, cette question ne comporte pas une solution uniforme pour toutes les époques. L'incapacité dut être la règle au début et même pendant de longs siècles. Deux raisons le démontrent : d'abord il est certain que pendant longtemps les femmes *sui juris* furent toutes en tutelle et par conséquent incapables. Or comment concevoir que la loi se fût montrée plus libérale pour les femmes sans patrimoine, c'est-à-dire justement pour celles qui n'avaient pas besoin de capacité personnelle? En second lieu, il est difficile de croire que la fille de famille fût plus capable que la femme *in manu*, qui est *loco filiæ familias*. Or l'incapacité de celle-ci paraît bien résulter d'un texte de Gaius (III, § 104) qui, il est vrai, n'a été qu'à grand peine et incomplètement déchiffré (Voir Studemund). Fort probablement, cette incapacité générale des filles de famille était constatée par le même jurisconsulte en la loi 141 § 2, *De verb. obl.*, si toutefois on consent, comme l'exige l'enchaînement des idées, à substituer dans la dernière phrase le mot *pubere* au mot *impubere;* et de cette doctrine ancienne deux applications particulières se rencontrent encore dans des textes du IIIe siècle, qui se rapportent l'un à la *dotis dictio* (*Fr. Vat.*, § 99), et l'autre au commodat (L. 3 § 4, *Comm.*, XIII, 6). Mais quand la tutelle des femmes pubères et a *manus* eurent disparu, l'incapacité des filles de famille n'eut plus aucune raison d'être et elle disparut aussi. C'est ce que prouvent deux textes qui leur font l'application expresse de l'incapacité spéciale établie par le sénatus-consulte Macédonien, ce qui eût été bien inutile si elles avaient été soumises à une incapacité générale (L. 9 § 2, *De sen. Mac.*, XIV, 6. — Inst., § 7, *Quod cum eo*, etc., IV, 7). En résumé, et à regarder le fond des choses plutôt que la forme, le point de départ et l'évolution du droit furent les mêmes pour la femme *alieni juris* que pour la femme *sui juris*.

qui consentît à devenir leur créancier, puisqu'ils n'avaient d'autre gage à offrir que des espérances souvent très-reculées et toujours douteuses; 2° en dehors des incapacités générales; il peut y avoir des incapacités spéciales, c'est-à-dire relatives à une certaine classe d'actes. C'est ainsi que le sénatus-consulte Macédonien annule les prêts d'argent faits à un fils de famille (n° 591) (1), et le sénatus-consulte Velléien les obligations contractées par une femme dans l'intérêt d'un tiers (n°s 575 et 576); 3° deux personnes unies par le lien de la puissance paternelle ou de la *manus* sont nécessairement incapables de contracter ensemble, et cela parce qu'il n'y aurait pas de sanction possible, nulle action en justice n'étant admise entre celui qui est investi de la puissance et celui qui y est soumis. Donc sont nulles toutes stipulations entre le père de famille et son fils, et même entre deux frères soumis à la même puissance, car celui des deux qui stipule est réputé parler au nom du père (§ 6, *sup.* — Inst., § 4, *De inut. stip.* — L. 4, *De jud.*, V, 1) (2).

506. *Seconde classe d'incapables.* — L'incapacité de l'esclave n'est qu'une conséquence du principe qui voit en lui une chose au lieu d'une personne. D'où il suit qu'elle s'étend même aux actes qui rendent notre condition meilleure. L'esclave est donc pleinement incapable de contracter : il ne peut pas plus stipuler que promettre.

Je dis d'abord que l'esclave ne peut pas stipuler. Ce principe seul explique la nullité de *l'adstipulatio* faite par un esclave quelconque, (n° 559). Mais pour le faire encore mieux ressortir et le mettre dans tout son jour, nous n'avons qu'à envisager un *servus sine domino*. Les textes, en effet, sont formels pour annuler la stipulation faite par un esclave abandonné (L. 36, *De stip. serv.*, XLV, 3), ou par l'esclave appartenant à une hérédité qui viendrait à être répudiée de tous ceux auxquels elle est offerte (L. 73 § 1, *De verb. obl.*). Mais, de telles hypothèses écartées, notre principe est comme dissimulé et presque neutralisé par cet autre principe déjà connu en vertu duquel les esclaves servent d'instruments d'acquisition à leur maître (n° 294). Les Romains sont ainsi conduits à décider que le droit de stipuler qu'il

(1) Ulpien constate une autre incapacité du fils de famille, mais toute spéciale et peu importante (L. 2 § 1, *De poll.*, L. 12).

(2) Du motif même d'où ces nullités sont déduites il faut conclure qu'elles n'empêchent pas la formation d'une obligation naturelle, (n° 729), et qu'elles cessent absolument lorsque la stipulation intéresse le pécule *castrense* du fils de famille (n° 297).

n'a pas de son propre chef, il l'emprunte à son maître (pr. *sup.*) (1), et cela entraîne une conséquence féconde en avantages pratiques : c'est que les personnes même incapables ou matériellement empêchées peuvent néanmoins acquérir le bénéfice d'une stipulation par l'intermédiaire de leur esclave. Toutefois, par la force même des choses, cette fiction qui fait en quelque sorte revêtir à l'esclave la personne du maître, se restreint au cas où il traite avec un tiers. Que s'il stipule du maître lui-même ou d'une autre personne soumise à la même puissance, aucune obligation civile ne se forme, parce que nul ne peut acquérir de créance ni contre soi-même ni contre les personnes qu'il tient en sa puissance (§ 6 *sup.*) (2). Ceci, au surplus, serait vrai quand même l'esclave aurait, à l'exemple du fils de famille, une capacité propre.

J'ai dit, en second lieu, que l'esclave ne peut pas promettre ; et ici il n'y a plus à distinguer s'il a un maître ou s'il n'en a point, ni s'il promet au maître ou à un tiers : le principe est absolu (§ 6 *sup.* — L. 22 pr., *De reg. jur.*, L, 17). Quoique la loi, en annulant les promesses faites par l'esclave, entende annuler d'une manière générale toutes les obligations qu'il contracte (3), son incapacité est particulièrement profonde quand il s'agit d'une promesse proprement dite, c'est-à-dire d'une obligation contractée *verbis*. Pour comprendre cela, il faut savoir dès à présent que les obligations contractées par l'esclave, soit envers son maître, soit envers un tiers, valent du moins comme obligations naturelles. Mais ce qui est fort remarquable, c'est que s'obligeant dans la forme verbale il ne fait rien de plus que s'il se contentait d'un simple pacte ; en d'autres termes, son obligation reste impuissante à produire les effets spéciaux que la loi attache à toute obligation naturelle ou civile née d'un contrat *verbis* (4). Ainsi il ne paraît pas qu'elle pût être garantie par un *sponsor* ou un *fidepromis-*

(1) Il ressort de là que l'esclave d'un pérégrin est, comme son maître, non admissible à stipuler par la formule *spondes*.

(2) Dans ce cas, comme aussi lorsque l'esclave n'a pas de maître, la stipulation par lui faite engendre une obligation naturelle, et cela donne, selon moi, l'explication toute simple d'un texte qui a fort embarrassé les interprètes (L. 14, *De obl. et act.*, XLIV, 7). *Servi ex contractibus*, dit Ulpien, *naturaliter et obligantur, et obligant*. Ce dernier mot exprimerait une idée fausse, si le jurisconsulte entendait refuser aux esclaves le pouvoir de faire naître une créance civile au profit de leur maître. Mais il n'envisage que leur capacité propre, abstraction faite de celle que leur prête le maître, et alors c'est une proposition rigoureusement vraie de dire qu'ils n'acquièrent jamais par leurs contrats que des créances naturelles.

(3) Voyez une exception à ce principe, tome II, p. 203, texte et note 1.

(4) Il ne faudrait pas dépasser les termes dans lesquels je formule cette propo-

sor (Gaius, III, §119), et certainement elle n'eût pas réussi à nover une obligation antérieure (Inst., § 3, *Quib. mod. obl. toll.*, III, 29. — Gaius, III, § 176. — L. 56, *De pecul.*, XV, 1). Tout cela signifie bien que, faite par un esclave, la promesse verbale ne vaut jamais comme telle, mais comme simple expression du consentement (1).

DE L'OBJET DES OBLIGATIONS.

SOMMAIRE : I. Classification des divers objets d'obligation. — II. Des obligations de donner. — III. Des obligations de faire ou de ne pas faire. — IV. Des obligations certaines ou incertaines. — V. Des obligations divisibles ou indivisibles. — VI. Des stipulations et promesses pour autrui.

I. — CLASSIFICATION DES DIVERS OBJETS D'OBLIGATION.

Lib. III, tit. xv, *De verborum obligatione*, § 7. — Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta, ut si stipulemur aliquid fieri vel non fieri.

Ce ne sont pas seulement les choses qui peuvent être stipulées, ce sont aussi les faits; par exemple, si nous stipulons que l'on fera ou que l'on ne fera pas quelque chose.

507. On a vu (n° 494) que tout ce qui peut être dû en vertu d'une cause quelconque, peut aussi être stipulé. Étudier l'objet des obligations qui naissent de la stipulation, c'est donc étudier d'une manière générale l'objet des obligations (2). Or, dès le début (n° 488), j'ai dit que cet objet consiste toujours en un fait ou en une abstention que le

sition, et en conclure que l'esclave qui fait une promesse n'oblige jamais son maître *jure prætorio* (L. 12 § 1, *De duob. reis*, XLV, 2. — L. 11 § 1, *De accept* XLVI, 4).

(1) L'homme libre *in mancipio* est certainement assimilable à l'esclave en ce qu'il ne s'oblige jamais civilement et en ce que les créances résultant de ses stipulations ne peuvent appartenir qu'à la personne investie de la puissance sur lui (Gaius, III, §§ 104 et 163). Mais les obligations qu'il contracte dans la forme verbale sont-elles traitées comme obligations verbales, et la capacité qu'il a de stipuler lui appartient-elle de son chef plutôt que par emprunt? Sur la première question je ne connais pas de texte; la seconde doit être résolue négativement, car nous lisons dans Gaius (III, § 114) que l'homme *in mancipio* ne peut pas jouer le rôle d'*adstipulator*.

(2) En fait, et cela n'a pas grand inconvénient, on confond souvent l'objet du contrat et l'objet de l'obligation. Mais une bonne analyse doit les distinguer. Le contrat crée une ou plusieurs obligations, voilà son objet. Puis, l'obligation ellemême a pour objet une certaine prestation. Si cette prestation peut être considérée comme l'objet du contrat, c'est qu'il contient l'obligation dans laquelle elle est elle-même contenue.

droit commun ne nous impose pas. Tel est le résultat irréductible d'une analyse vraiment philosophique. Mais telle n'est pas la doctrine des textes : leur langage et leurs idées en cette matière ne sont ni très-arrêtées ni toujours très-nettes, et nous allons y trouver jusqu'à trois manières différentes de classer les objets possibles d'une obligation :

1° Toute obligation a pour objet l'une de ces deux choses : *dare* ou *facere* (L. 1 § 7, *De obl. et act.*, XLIV, 7. — L. 2 pr., *De verb. obl.*, XLV, 1. — Inst., pr., *De verb. obl.*, III, 15). Or *dare* désignant, comme on le sait déjà, le fait de transférer la propriété ou même de constituer un droit réel quelconque (L. 75 § 10, *De verb. obl.* — L. 3 pr., *De usuf.*, VII, 1), il suit de là que les aliénations se trouvent ainsi séparées de tous les autres faits, lesquels demeurent compris sous la dénomination large de *facere*. Que deviennent dans cette classification les obligations de ne pas faire? Sans aucun doute elles rentrent dans celles de faire (1), car il n'y a rien de commun entre aliéner et s'abstenir. Mais est-il possible de reconnaître à toute obligation de donner un caractère ou un effet qui manque à toute obligation de faire, ou réciproquement? Je ne le crois pas (2) ; aussi n'hésité-je point à dire que cette distinction est dépourvue d'intérêt pratique, et que si les obligations de donner ont été mises à part, c'est seulement parce qu'elles sont les plus fréquentes et les plus importantes de toutes, et peut-être aussi parce que les habitudes du langage ordinaire conduisent à ce résultat. De même, en effet, qu'on

(1) Cela résulte invinciblement et des Institutes (§ 7, *sup.*) et de la combinaison de deux textes de Paul compris dans une même loi (L. 2 pr. et § 5, *De verb. obl.*). Dans le même sens, on peut citer la formule de l'action donnée en vertu du legs *sinendi modo* (Gaius, II, § 213).

(2) Toutefois, entre une dation et un fait, il y a cette différence naturelle qu'une dation, quels que soient celui qui l'exécute et celui qui la reçoit, ne change pas de nature, tandis que le fait de l'un n'est jamais absolument équivalent au fait de l'autre, de même que fourni à telle personne il n'a pas toujours même valeur que fourni à telle autre (L. 26 § 12, *De cond. ind.*, XII, 6. — L. 31, *De solut.*, XLVI, 3). Il est fort probable qu'à une époque très-ancienne on avait déduit de cette différence deux conséquences générales : 1° l'obligation de faire ne pouvait jamais être acquittée par un tiers contre le gré du créancier ; 2° elle s'éteignait tant par la mort du stipulant que par celle du promettant. Qu'une telle doctrine ait été jadis admise d'une manière absolue, au moins en ce qui concerne les obligations *stricti juris*, c'est ce qu'on peut induire d'une constitution de Justinien qui la proscrit (L. 13, C., *De contr. et comm. stip.*, VIII, 38). Mais devons-nous croire qu'elle ait subsisté entière jusqu'à ce prince? L'ensemble des textes classiques ne le permet certainement pas. Justinien lui-même (L. unic. § 9, C., *De cad. toll.*, VI, 51.) nous a montré repoussée par Ulpien. Comment d'ailleurs la concilier avec la distinction

confond volontiers le droit de propriété avec la chose sur laquelle il porte (nº 194), de même ici on confond l'objet de l'obligation avec la chose qui doit être donnée. Ainsi je dis qu'un fonds ou un esclave m'est dû, quand en réalité, ce qui m'est dû, c'est la mancipation ou la tradition, l'acquisition de la propriété ne devant être que la conséquence de l'obligation exécutée.

2º L'objet de l'obligation consiste toujours à *dare*, à *facere* ou à *præstare* (L. 3 pr., *De obl. et act.*) (1). Les mots *facere* et *præstare* comportent une signification large dans laquelle ils embrassent tout ce qui peut faire l'objet d'une obligation (2). Mais bien visiblement tel n'est pas leur sens ici, puisqu'on les oppose l'un à l'autre d'abord, puis tous les deux à *dare*. *Præstare* comprend une catégorie spéciale de faits, savoir ceux qui s'appliquent à une chose corporelle sans exiger ni art ni création d'aucune espèce, et particulièrement ceux qui consistent à mettre, d'une manière plus ou moins complète, une chose corporelle ou incorporelle à la disposition d'un tiers sans le rendre propriétaire : ainsi veiller à la garde d'un esclave ou à la conservation d'un fonds, en faire la simple remise matérielle, en procurer ou en garantir la possession et la jouissance, céder une action, voilà des prestations proprement dites (L. 11 §§ 1 et 2, *De act. empt.*, XIX, 1. — L. 9 ; L. 19 § 2, *Loc. cond.*, XIX, 2). La signification précédemment assignée au mot *facere* se trouve ainsi dimiuuée de tout le contenu spécial du mot *præstare*. Je n'aperçois pas que cette seconde classification présente plus d'utilité pratique que la première.

que nous avons vue consacrée, quand il s'agit de l'obligation d'un affranchi, entre les *operæ officiales* et les *operæ fabriles* (T. II, p. 201, note 3)? Enfin n'eût-elle pas entraîné nullité de toute promesse de faire émanant d'une personne hors d'état d'accomplir elle-même le fait promis? Or cette nullité, on le verra (nº 512), fut rejetée. Quel est donc le but précis de la constitution de Justinien? J'estime qu'il voulut surtout faire cesser les controverses que le souvenir de la doctrine ancienne avait dû engendrer sur un certain nombre de faits spéciaux. Sa pensée est que, sauf intention contraire exprimée par les parties ou résultant de la nature même du fait, l'obligation de faire pourra, comme celle de donner, être exécutée par tout le monde, et, comme elle, se transmettra tant aux héritiers du promettant qu'à ceux du stipulant.

(1) Ces trois mots se rencontraient réunis dans certains textes de lois (L. 37 pr., *De op. lib.*, XXXVIII, 1), dans la formule de la stipulation Aquilienne (L. 18 § 1, *De accept.*, XLVI, 4), et parfois dans des actes constatant les conventions des parties (L. 13 § 6, *De act. empt.*, XIX, 1). Ils figuraient aussi, tantôt isolés, tantôt réunis, dans l'*intentio* des actions *in personam* (nº 659).

(2) Pour le mot *facere* cela est dit par Papinien (L. 218, *De verb. sign.*, L, 16). Pour le mot *præstare* cela résulte notamment d'un texte où *præstatio* comprend des dations (L. 1 pr., *De rer. permut.*, XIX, 4).

3° Enfin, d'après un texte des Institutes (§ 7 *sup.*), l'obligation a pour objet une chose, un fait ou une abstention. Et par chose il est évident que l'on doit entendre une dation, les Institutes commettant ici la confusion si naturelle, et d'ailleurs exempte de dangers, que je signalais tout à l'heure. Nous voici donc à peu près ramenés à la distinction que j'avais tout d'abord posée, abstraction faite des textes; seulement, au lieu de deux termes, faire et ne pas faire, nous en avons trois, les dations étant considérées comme une classe de faits à part (1). L'intérêt pratique de cette troisième classification ne m'apparaît pas plus que celui des deux précédentes. Mais elle est commode à suivre, si l'on veut déterminer avec clarté la nature des faits et des abstentions qui peuvent servir d'objet à une obligation.

II. — DES OBLIGATIONS DE DONNER.

Lib. III, tit. XIX, *De inutilibus stipulationibus*, pr. — Omnis res quæ dominio nostro subjicitur, in stipulationem deduci potest, sive illa mobilis, sive soli sit.

§ 1. — At si quis rem quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum qui esse non possit, inutilis erit stipulatio (Gaius, III, § 97a).

§ 2. — Idem juris est, si rem sacram aut religiosam, quam humani juris esse credebat, vel publicam quæ usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebat, vel cujus commercium non habuerit, vel rem suam, dari quis stipuletur. Nec in pendenti erit stipulatio ob id quod publica res in

Toutes les choses, mobilières ou immobilières, qui comportent un droit de propriété, peuvent être stipulées.

Mais si quelqu'un a stipulé qu'on lui donnerait une chose qui n'existe pas ou ne peut pas exister, par exemple Stichus qui est mort et qu'il croyait vivant, ou un hippocentaure qui ne peut pas exister, la stipulation sera inutile.

La règle est la même, si quelqu'un a stipulé qu'on lui donnerait une chose sacrée ou religieuse qu'il croyait de droit humain, une chose publique affectée d'une manière permanente à l'usage du peuple, comme un forum ou un théâtre, un homme libre qu'il croyait esclave, une chose qui n'est pas dans le commerce à son égard, ou enfin sa

(1) Une obligation peut être mélangée de *dare* et de *facere* (L. 82, *De cond. et dem.*, XXXV, 1), comme aussi de *facere* et de *non facere* (L. 83 pr., *De verb. obl.* — L. 189, *De verb. signif.*, L, 16).

privatum deduci, et ex libero servus fieri potest, et commercium adipisci stipulator potest, et res stipulatoris esse desinere potest, sed protinus inutilis est. Item contra, licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si postea in earum qua causa, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, extinguetur stipulatio. Ac nec statim ab initio talis stipulatio valebit : *Lucium Titium, quum servus erit, dare spondes ?* et similia; quia, quæ natura sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt (Gaius, III, § 97).

propre chose. Et la stipulation ne sera pas en suspens sous ce prétexte que la chose publique peut tomber dans le domaine des particuliers, l'homme libre devenir esclave, et la chose du stipulant cesser de lui appartenir, mais elle est immédiatement nulle. De même, en sens inverse, quoiqu'au début la chose ait été valablement stipulée, si elle vient à tomber, sans le fait du promettant, dans un des cas précédemment indiqués, la stipulation sera éteinte. Et même ce seraient des stipulations immédiatement nulles que celle-ci : *Me promettez-vous de me donner Lucius Titius, lorsqu'il sera esclave?* et autres semblables, parce que les choses que leur nature met en dehors de notre domaine ne peuvent aucunement faire l'objet d'une obligation.

§ 22. — Item nemo rem suam futuram, in eum casum quo sua sit, utiliter stipulatur.

De même, nul ne stipule utilement une chose pour le cas où elle deviendrait sienne.

508. A Rome, comme partout, l'obligation de donner peut avoir pour objet ou un corps certain ou un genre (*species aut genus.* — L. 54 pr., *De verb. obl.*). Je stipule tel esclave que je désigne individuellement par son nom, par l'emploi qu'il occupe chez son maître, ou de toute autre manière équivalente : voilà une obligation de corps certain. Au contraire, je stipule simplement un esclave, ou d'une manière un peu moins générale, un esclave de race grecque ou exerçant la profession de médecin : voilà une obligation de genre. Les conditions relatives à l'objet de l'obligation de donner doivent être étudiées distinctement dans ces deux ordres d'hypothèses.

Obligation de corps certain. — Tout ici se résume en cette grande règle : *il faut que la dation soit possible* (1), et cette règle elle-même contient les trois propositions suivantes : 1° il faut que l'objet promis existe ou puisse exister un jour; 2° il faut que cet objet comporte un droit de propriété; 3° il faut que ce droit de propriété

(1) *Impossibilium nulla obligatio est*, dit Celsus (L. 185, *De reg. jur.*, L, 17).

puisse être acquis au stipulant. Reprenons successivement chacune de ces propositions.

1° Il faut que l'objet promis existe ou puisse exister un jour. — Donc pas d'obligation, si je stipule soit un esclave mort ou une chose quelconque qui a cessé d'exister, car elle ne revivra pas (1), soit, comme le supposent les Institutes, un hippocentaure ou un de ces êtres imaginaires qui remplissent la légende des temps fabuleux, car de pareils êtres n'existeront jamais (§ 1 *sup.*). Dans de tels cas, la formation de l'obligation est empêchée par un obstacle physique tout à fait indépendant de la personne du stipulant et nécessairement perpétuel.

2° Il faut que l'objet promis comporte un droit de propriété. — Donc seront nulles toutes stipulations portant : 1° sur une chose hors du commerce, par exemple sur un terrain sacré ou sur un théâtre (§ 2 *sup.*); 2° sur un homme libre (§ 2 *sup.*); car non seulement les personnes libres ne sont pas dans le commerce, mais elles ne sont pas des choses; 3° sur une *res hostilis* (L. 103, *De verb. obl.*); car ce qui appartient à l'ennemi est, aux yeux des Romains, comme n'existant pas. Dans ces trois cas, l'impossibilité de la dation tient à un obstacle juridique qui, à l'exemple des obstacles physiques précédemment indiqués, est le même à l'égard de tout le monde.

3° Il faut que la propriété de l'objet stipulé puisse être acquise au stipulant. Et ceci nous conduit à déclarer la stipulation nulle : 1° lorsque la chose, quoique placée dans le commerce d'une manière générale, en est spécialement exclue à l'égard du stipulant (n° 197 *in fine.* — § 2 *sup.*); 2° lorsque la chose lui appartient déjà (§ 2 *sup.*) (2). Dans ces deux cas sans doute, l'obligation se formerait si c'était un tiers qui stipulât; mais elle rencontre ici un obstacle juridique tenant, dans le premier cas, à la disposition de la loi qui prohibe l'acquisition de la propriété par le stipulant, et dans le second cas, à un principe supérieur à la loi elle-même, savoir que ce

(1) Cependant il y a deux cas où la stipulation d'une chose qui a cessé d'exister n'est pas nulle : c'est lorsqu'elle a péri par le fait ou après la demeure de celui qui la devait déjà. Comme il continue de la devoir, il peut la promettre à son créancier (L. 83 § 7, *De verb. obl.*).

(2) Mais un propriétaire stipule valablement soit la restitution de sa chose, car il n'y a ici qu'une obligation de faire, soit le prix de sa chose, car ce prix n'est qu'un *genus*, donc ne lui appartient pas (L. 82 pr., *De verb. obl.*). Pareillement, le nu propriétaire, qui ne pourrait pas stipuler de l'usufruitier *rem ipsam*, stipule valablement *id quod inde extabit restitutum iri* (L. 1 pr. et § 7, *Usuf. quem.*, VII, 9), et de même il peut stipuler de qui que ce soit l'usufruit de sa chose (L. 56 § 6, *De verb. obl.*).

qui est déjà nôtre ne saurait devenir nôtre une seconde fois (Inst., § 14, *De act.*, IV, 6). Et cet obstacle, pour être purement relatif au stipulant, n'en est pas moins énergique dans ses effets (1).

Dire que dans tous les cas qui viennent d'être énumérés l'obligation est nulle, cela signifie pratiquement deux choses : 1° le stipulant, placé dans une évidente impossibilité d'obtenir la dation promise, n'est pas pour cette raison autorisé à demander une indemnité pécuniaire, et cela quand même l'objet stipulé se prêterait à une estimation, et il ne s'y prête qu'autant que l'obstacle à la dation n'est pas de ceux qui existent à l'égard de tout le monde; 2° en supposant la disparition postérieure de l'obstacle juridique actuel, si, par exemple, l'homme libre tombe en esclavage, si le terrain sacré redevient profane, si la chose qui m'appartient aujourd'hui cesse de m'appartenir, l'obligation demeure néanmoins inefficace. Il ne faut donc pas la considérer comme étant simplement tenue en suspens ni en quelque sorte rendue conditionnelle par l'impossibilité actuelle de l'exécution; mais dès le principe elle est frappée d'une nullité définitive et sans remède (§ 2 *sup.*) (2).

Cette nullité, quand elle tient à un obstacle qui peut disparaître, c'est-à-dire à un obstacle juridique, serait-elle prévenue par l'apposition d'une condition? En principe il faut répondre non (§ 2 *sup.*, *in fine*). Paul (L. 83 § 5, *De verb. obl.*), envisageant spécialement l'hypothèse d'un homme libre stipulé sous cette condition *quum servus esse cœperit*, déclare que c'est chose contraire à la nature et au droit (*neque naturale neque civile*) que de contracter dans la prévision du malheur qui pourrait frapper un homme libre et le réduire à la condition d'esclave. Que si nous nous attachons au fond plutôt qu'à la forme de ce motif, nous arriverons à cette conclusion, que partout où la stipulation pure et simple est annulée pour une raison de morale et d'ordre public, la stipulation conditionnelle ne peut pas non plus valoir. Or, sans aucun doute, tous les obstacles juridiques précé-

(1) Ces deux hypothèses montrent que les Institutes (pr. *sup.*) dépassent un peu la vérité en disant que nous stipulons valablement tout ce qui peut faire l'objet d'un droit de propriété.

(2) La nullité est dans tous les cas indépendante de la connaissance ou de l'ignorance du stipulant relativement à l'impossibilité de la dation. Si les Institutes (§§ 1 et 2 *sup.*) supposent qu'il l'ignore, c'est pour donner plus de vraisemblance à l'hypothèse. Et en effet, de celui qui stipule sciemment une chose dont l'acquisition est impossible pour tous ou pour lui seul, on peut dire qu'il n'a pas même la volonté de contracter.

demment signalés dérivent d'une raison de ce genre, excepté un seul, celui qui tient à ce que le stipulant a déjà la propriété de la chose (1). Et en effet, dans ce cas spécial les textes valident la stipulation conditionnelle, ce qui signifie que la chose venant à changer de mains *pendente conditione*, l'obligation pourra naître. D'où je conclus que la condition ainsi formulée *si res mea esse desierit* ne se réalisera jamais inutilement (LL. 31 et 98 pr., *De verb. obl.*) (2).

Prendrai-je la peine de faire remarquer que, malgré la possibilité actuelle de la dation, le contrat est dès à présent nul à raison de son objet lorsque les parties ont eu l'idée bizarre d'en subordonner l'existence à une condition qui peut s'analyser en ces termes : *si la dation devient impossible?* Telle est la règle générale que les Institutes (§ 22 *sup.*) appliquent en déclarant qu'on stipule inutilement une chose pour le cas où l'on en deviendrait propriétaire.

509. Après avoir exclu les divers cas où la dation est impossible, nous sommes en mesure de présenter le tableau complet des choses qui entrent valablement dans une stipulation. Ce sont les suivantes :

1° La chose du promettant, pourvu que l'acquisition n'en soit pas interdite au stipulant.

2° La chose du stipulant lui-même, pourvu que l'obligation soit subordonnée à une condition expresse.

3° La chose d'autrui, pourvu que le stipulant puisse l'acquérir (3). Les textes consacrent très-formellement cette faculté de stipuler la chose d'autrui (L. 15 § 3, *De usurp. et usuc.*, XLI, 3. — L. 91 § 1, *De verb. obl.*), et elle n'a rien d'étrange si l'on se souvient que le but immédiat de la stipulation n'est pas de transférer la propriété, mais seulement d'obliger le débiteur à la transférer. Or ce but, elle le réalise évidemment, quoique la chose soit dans le patrimoine d'un tiers. Objectera-t-on que l'exécution de la promesse va être impossible, attendu que nul ne donne ce qu'il n'a pas? Je réponds que le débiteur peut ou acquérir la chose pour la donner lui-même au sti-

(1) Peut-être doit-on en dire autant des *res hostiles*, quand ce sont des choses qui ont appartenu originairement à des Romains et qui ne sont devenues la propriété de l'ennemi qu'à titre de butin (L. 55, *De act. empt.*, XIX, 1. — L. 24 § 2, *De fid. lib.*, XL, 5).

(2) La doctrine que je viens d'exposer se retrouve identique en matière de legs (nos 387 et 394).

(3) Par une conséquence à la fois bizarre et logique, l'esclave qui a deux maîtres peut se stipuler lui-même, en vue de faire acquérir à l'un la part qui appartient à l'autre (L. 2; L. 18 § 1, *De stip. serv.*, XLV, 3).

pulant ou la lui faire donner directement par le propriétaire. Mais celui-ci ne se refusera-t-il pas à l'aliéner? Qu'importe, répliquerai-je? Il n'en reste pas moins vrai que quelqu'un peut transférer la propriété au stipulant, et cela suffit pour que la dation ne soit pas réputée impossible. Tout se résout donc en une simple difficulté d'exécution que le promettant a dû prévoir et devant laquelle il devait s'arrêter, s'il ne se sentait pas sûr de la vaincre (L. 137 § 4, *De verb. obl.*) (1). Ce point de vue est tellement celui des Romains, que, la chose promise fût-elle hors du commerce à l'égard du promettant, la stipulation vaudrait encore; et cela parce que, s'il lui est impossible de l'acquérir lui-même, il ne lui est pas impossible d'obtenir que le propriétaire la donne au stipulant (L. 34, *De verb. obl.*).

4° Les choses futures, et j'entends par là celles qui n'existant pas au jour du contrat doivent ou peuvent exister un jour (2). Ainsi je

(1) De même que la promesse de la chose d'autrui vaut, quoique le propriétaire refuse de se dessaisir, de même la promesse pure et simple d'une somme d'argent qu'on n'a pas entre les mains ou d'une chose mobilière qui se trouve en un endroit très-éloigné, n'en est pas moins immédiatement exigible. Par ce rapprochement, le texte cité met en pleine lumière cette idée générale que la loi ne se préoccupe jamais des faits qui rendent l'exécution difficile pour le débiteur, mais seulement de ceux qui rendent l'acquisition impossible ou pour tout le monde ou pour le stipulant. Et cela ressort encore avec non moins d'énergie de ces deux décisions : je puis promettre une servitude prédiale quoique je n'aie dans mon patrimoine aucun fonds (L. 25 § 10, *Fam. ercisc.*, X, 2); mais à l'inverse, je n'en puis stipuler une pour un fonds qui ne m'appartient pas (L. 7 § 1, *De stip. serv.*, XLV, 3. — L. 19, *De serv. præd. rust.*, VIII, 3).

(2) Parmi les choses futures il y en a une espèce qui ne peut faire l'objet d'aucune obligation : ce sont les successions non ouvertes. Pour bien comprendre cette exception au droit commun, il faut l'envisager sous deux aspects. Elle signifie d'abord que nul ne peut contracter d'engagement relatif à sa propre succession, et cela par cette raison évidente que la liberté de tester est inaliénable (L. 19, C., *De pact.*, II, 3). Mais elle signifie aussi que les obligations contractées relativement à la succession d'un tiers vivant ne valent rien, et de cette décision je trouve dans les textes deux motifs bien différents. Pomponius la fonde sur ce qu'une succession future n'existe pas (L. 1, *De hered. vel act. vend.*, XVIII, 4), et voici quelle est, selon moi, sa pensée : sans doute, comme tous les vivants sont destinés à la mort, rien n'est plus certain en soi que l'existence future d'une succession non encore ouverte; mais cette succession existera-t-elle à l'égard de celui qui en dispose? Et si oui, que contiendra-t-elle? Voilà ce qui n'est pas certain; car l'héritier présomptif peut être exclu par un testament, et dans tous les cas il peut mourir avant la personne dont la succession est en jeu. Le second motif, développé par Justinien (L. 30, C., *De pact.*, II, 3), consiste à présenter de tels contrats comme ayant quelque chose d'immoral et de dangereux, car ils intéressent les parties ou l'une d'elles à la mort d'un tiers, et de l'intérêt au crime il n'y a quelquefois qu'un pas. Quelle que soit la valeur de ce motif qui, s'il était fondé, conduirait aux conséquences les moins acceptables, et notamment à la suppression de toute espèce de

stipule valablement les fruits que tel fonds donnera ou l'enfant que telle esclave mettra au monde (L. 75 § 4, *De verb. obl.*). Mais dans de telles hypothèses, la stipulation est nécessairement subordonnée à cette condition tacite : *si la chose vient à exister* (1).

510. *Obligations de genre.* — Incontestablement ces obligations reçoivent d'abord l'application de la règle posée pour les obligations de corps certains : il faut donc que la dation soit possible, et en notre matière cela conduit à annuler la stipulation portant sur un genre qui aurait absolument cessé d'exister, sur un genre imaginaire, ou sur un genre tout entier hors du commerce. Ainsi quand je stipule d'une manière générale un mastodonte, un hippocentaure ou un temple, l'obligation ne se forme pas plus que si j'eusse désigné un tel objet individuellement.

Une seconde règle, dont l'importance est bien supérieure en notre matière, peut se formuler ainsi : l'objet de la dation doit être déterminé avec assez de précision pour que l'exécution littérale du contrat procure au créancier un avantage appréciable (2). Que si l'on demande à quelles conditions la détermination sera suffisante, j'en vois deux : 1° Il faut que le genre lui-même soit assez étroitement limité pour ne comprendre que des individus ayant une certaine valeur. Ainsi, quand je stipule un animal, ou avec moins de vague un vertébré et même, si l'on veut, un mammifère, ce sont là des désignations trop larges, car il n'est pas difficile de trouver, même dans la catégorie des mammifères, des animaux dont la prestation serait sans utilité. Si au contraire je stipule un bœuf ou un cheval, l'obligation se forme parce que le moindre bœuf ou le moindre cheval valent quelque chose. 2° Il faut que la quantité soit déterminée, et elle se détermine, selon la nature des choses ou selon l'usage, par l'indica-

successions, Justinien admet la validité des traités faits avec l'agrément de celui de la succession duquel il s'agit ; mais il les subordonne à la condition du maintien de sa volonté jusqu'à sa dernière heure. — J'ajoute que, lorsque la promesse relative à la succession d'un vivant a été faite à titre gratuit et à son insu, elle n'est pas seulement sanctionnée par la nullité, mais elle place le donateur dans un cas d'indignité (L. 2 § 3, *De his quæ ut ind.*, XXXIV, 9. — N° 414).

(1) D'après la loi 73 pr., *De verb. obl.*, il n'y aurait là qu'un terme tacite, comme dans le cas où je fais à Rome une promesse exigible à Carthage. Ce point de vue est certainement inexact en thèse générale (L. 25 § 1, *Quand. dies leg.*, XXXVI, 2), mais il a quelque chose de vrai en matière de legs (n° 382).

(2) Pourquoi présenté-je cette seconde règle comme spéciale aux obligations de genre ? C'est que par hypothèse et par la force des choses, là où il s'agit d'un corps certain, la détermination de l'objet est aussi précise et aussi parfaite qu'il est possible.

tion du nombre, de la mesure ou du poids. Que par exemple je stipule simplement un fonds ou du blé, cela est inutile parce que la dation d'un pouce de terrain ou d'un grain de blé suffirait à l'acquittement de la promesse (1). Qu'au contraire je stipule deux arpents de terre labourable ou dix mesures de blé, l'obligation se forme sans difficulté (L. 115 pr., *De verb. obl.*) (2).

En résumé, l'obligation de genre a pour objet des choses indéterminées (*res incerta.* — L. 13, *De leg.* 1°, XXX) à prendre dans un genre et en une quantité l'un et l'autre déterminés (*certum genus* et *certa quantitas.* — L. 94, *De verb. obl.*), ce qui implique que dans la pensée des contractants deux quantités égales d'objets appartenant au même genre seront tenues pour équivalentes nonobstant les différences réelles qui peuvent se rencontrer entre ces objets pris individuellement (3). Cette équivalence toutefois peut être admise d'une manière plus ou moins pleine. Si par exemple je stipule simplement cent mesures de blé, cela veut bien dire qu'une mesure de blé en vaudra absolument une autre, quelles que soient les provenances et les qualités. Mais si, rétrécissant ma formule, j'ai stipulé du blé d'Afrique, un blé de Sicile, même meilleur, ne le remplacerait pas. Enfin, avec plus de précision encore, je puis stipuler du blé d'Afri-

(1) Quand il s'agit d'un legs, on fait une distinction. La succession comprend-elle des choses appartenant au genre indiqué : l'héritier doit une de ces choses. N'en comprend-elle point : alors la disposition est nulle. Telle est la décision donnée par Ulpien relativement au legs d'une maison non déterminée (L. 71 pr., *De leg.* 1°, XXX). Je crois devoir à la fois la généraliser en matière de legs et l'exclure absolument en matière de stipulation, et cela parce que le stipulant a pu s'expliquer et que le légataire ne l'a pas pu.

(2) En matière de dot on admet deux exceptions à cette nécessité de préciser la quantité due : 1° une personne quelconque promet une dot dont elle fixera le chiffre à sa convenance (*quodcunque arbitratus fuisset*). Transportant ici une interprétation admise d'une manière générale dans les actions de bonne foi (L. 22 § 1, *De reg. jur.*, L, 17), on estime que le promettant a entendu se référer à l'*arbitrium boni viri*, et on valide la promesse, parce qu'on a ainsi une façon de mesurer la quantité promise (L. 3, C., *De dot. prom.*, V, 11); 2° lorsque c'est le père de famille lui-même qui promet la dot, on va plus loin encore, et quoiqu'il n'ait pas même fait mention de son propre *arbitrium*, on tient la promesse pour valable : en effet, le père de famille étant obligé de doter sa fille, l'étendue de son obligation légale nous donne la mesure naturelle de l'étendue de sa promesse. La dot devra donc être fournie en proportion de sa fortune et de la dignité du mari (L. 69 § 4, *De jur. dot.*, XXIII, 3). Hors ces cas, la promesse de dot demeure soumise à la règle générale (L. 1, C., *De dot. prom.*).

(3) Voilà pourquoi les obligations de genre sont souvent appelées obligations de quantités. Ce langage est suggéré par les textes eux-mêmes (L. 6, *De reb. cred.*, XII, 1).

que de première qualité, et alors les blés d'Afrique eux-mêmes ne seront pas tous réputés équivalents les uns aux autres. Pour exprimer cette vertu que la volonté des parties attribue à des choses de même genre de se remplacer les unes les autres, les interprètes, dans un langage légèrement barbare, les appellent choses fongibles (1). Ce qu'il importe de bien comprendre, c'est que ce caractère de fongibilité, par cela même qu'il résulte du point de vue où se sont placés les contractants, n'appartient pas par essence et exclusivement à certaines choses. Dans la pratique, celles que l'on considère le plus volontiers comme fongibles, ce sont celles qui se consomment par le premier usage, c'est-à-dire les monnaies et les denrées. Pour les monnaies, en effet, l'équivalence est absolue ; entre deux pièces d'or de même poids et de même titre il n'y a point de différence : pour les denrées l'équivalence n'existe que d'une manière approximative, mais on l'obtient presque absolue en déterminant la qualité des choses dues (2). Toutefois les monnaies elles-mêmes et les denrées peuvent, quand telle est la volonté des parties, être considérées comme corps certains (L. 51, *De leg.* 1°, XXX. — L. 29 pr., *De verb. obl.*) ; ainsi rien ne m'empêche de stipuler déterminément telles pièces d'or ou le vin contenu dans telle amphore. A l'inverse, les choses qu'un premier usage ne détruit pas peuvent sans difficulté être envisagées dans leur genre et devenir fongibles. Nombre de textes raisonnent sur des obligations qui ont pour objet un ou plusieurs esclaves non désignés individuellement (L. 54 § 1 ; L. 117, *De verb. obl.*), et on conçoit très bien, quelque rare qu'elle soit dans la pratique, une stipulation portant sur vingt arpents de terres labourables ou de prairies non déterminées (3).

(1) Les Romains disent de ces choses : *pondere, numero, mensura constant*, c'est-à-dire on les apprécie au poids, au compte ou à la mesure (Inst., pr., *Quib. mod. re contr.*, III, 14) ; ou *communi specie continentur*, c'est-à-dire il n'y a pas de différence entre les individus (L. 29, *De sol.*, XLVI, 3) ; ou encore *in genere suo functionem recipiunt magis quam in specie*, c'est-à-dire elles fonctionnent les unes pour les autres (L, 2 § 1, *De reb. cred.*, XII, 1). C'est de ce dernier texte qu'on a tiré l'adjectif *fongible*, lequel n'a pas d'équivalent dans la langue latine.

(2) A la différence du genre et de la quantité, dont l'indication doit être exprimée à peine de nullité, la qualité peut être déterminée tacitement par des circonstances qui dénotent l'intention des contractants. Telle est la décision du jurisconsulte Marcellus (L. 94, *De verb. obl.*). J'hésiterais à y voir l'expression du droit ancien.

(3) C'est certainement à une espèce de cette nature qu'Ulpien se réfère (L. 75 § 1, *De verb. obl.*), quand il présente comme valable la stipulation d'un fonds *sine propria appellatione*. S'il s'agissait, en effet, de la stipulation absolument indéterminée d'un fonds, on sait qu'elle serait nulle.

Pratiquement, quel intérêt y a-t-il à savoir si l'obligation de donner s'applique à un corps certain ou à un genre? Le plus immédiat et le plus apparent est celui-ci : dans l'obligation de corps certain, rien n'est laissé à l'arbitraire des parties ou de l'une d'elles, puisque dès le principe et d'un commun accord elles ont individualisé la chose due. Dans l'obligation de genre, au contraire, un choix est nécessaire pour déterminer individuellement les choses qui feront l'objet de la dation promise (1). Or ce choix, si la formule du contrat ne l'attribue pas expressément au stipulant, appartient au débiteur par une conséquence forcée des règles relatives à l'interprétation de la stipulation (n° 499). Ai-je besoin d'ajouter qu'il s'exerce avec plus ou moins de latitude, selon que les parties se sont bornées à indiquer le genre et la quantité des choses promises ou qu'elles en ont précisé la qualité? Dans ce second cas le débiteur ne peut pas descendre au-dessous de la qualité fixée, tandis que dans le premier il se libère en donnant des choses d'une qualité quelconque, et même de la plus mauvaise (L. 52, *Mand.*, XVII, 1. — L. 72 § 5, *De sol.*, XLVI, 3) (2).

III. — DES OBLIGATIONS DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE.

Lib. III, tit. XIX, *De inutilibus stipulationibus*, § 24. — Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.

Quand la promesse dérive d'une cause honteuse, par exemple quand elle a pour objet un homicide ou un sacrilège à commettre, elle est nulle.

511. Relativement à l'obligation de faire, trois règles doivent être posées : 1° il faut que la détermination du fait promis soit assez précise pour que l'exécution littérale de la promesse procure un avantage au créancier. Ainsi je promets inutilement de construire une maison, lorsque la formule de l'interrogation n'en indique pas l'emplacement (L. 115 pr., *De verb. obl.*) ; 2° il faut que le fait soit physiquement possible. Nulle nécessité, du reste, que le promettant lui-même puisse l'accomplir, il suffit que quelqu'un le puisse. Par

(1) D'autres conséquences sont attachées à la distinction que je viens d'étudier, notamment en ce qui touche au mode de division de l'obligation entre plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs (n° 517) et à l'application de la règle *debitor interitu rei debitæ liberatur* (n° 713).

(2) Cependant celui qui a promis un esclave doit le donner tel qu'il puisse être valablement affranchi (L. 72 § 6, *De sol.*, XLVI, 3).

exemple, je promets de piocher une terre, et je suis paralysé, je promets de copier un manuscrit et je ne sais pas écrire ; ma promesse vaut néanmoins, parce que les hommes ne sont pas tous paralysés ou étrangers à l'art d'écrire (L. 35 pr ; L. 137 § 5, *De verb. obl.*); 2° il faut, enfin, que le fait soit licite, c'est-à-dire non réprouvé par une loi formelle ou par les bonnes mœurs. C'est donc une promesse inutile que celle qui a pour objet un meurtre ou un sacrilège à commettre (§ 24 *sup.*). Il n'importe, au surplus, que le fait illicite aujourd'hui soit de nature à devenir licite demain ; si par conséquent je stipule de ma sœur adoptive qu'elle m'épousera, l'obligation, nulle dès le principe, demeure telle, bien que la dissolution postérieure de l'adoption vienne lever l'obstacle au mariage (L. 35 § 1, *De verb. obl.* — n° 88) (1).

Sur l'obligation de ne pas faire, les textes sont très pauvres. Mais il faut évidemment, c'est presque une naïveté de le dire, que l'abstention porte sur un fait déterminé et qu'elle soit physiquement possible. Il faut de plus qu'elle ne soit pas illicite. Or elle le serait, à coup sûr, si elle s'appliquait à un fait légalement obligatoire, si par exemple un juge promettait de ne pas juger, ou si elle enlevait au promettant l'usage d'une faculté que la loi considère comme essentielle, si par exemple il s'engageait à ne pas tester, à ne pas se marier ou à ne pas avoir d'enfants (L. 30, C., *De pact.*, II, 3. — Paul, III, 4b § 2) (2).

IV. — DES OBLIGATIONS CERTAINES OU INCERTAINES.

Lib. III, Tit. xv, *De verborum obligatione*, pr. *suite*. — Ex qua duæ proficiscuntur actiones, tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta.

De ce contrat naissent deux actions, la *condictio*, si la stipulation est certaine, l'action *ex stipulatu*, si elle est incertaine.

(1) Pourquoi, ayant compris les dations illicites dans les dations impossibles, séparé-je ici les faits illicites des faits impossibles ? Le voici : où la loi met un obstacle à l'acquisition de la propriété, cet obstacle est forcément infranchissable. Qu'on me livre ou qu'on me mancipe une chose sacrée, il n'y aura là qu'un acte matériel condamné à l'impuissance. Mais quand la loi défend de tuer ou de voler, elle ne supprime pas pour cela les meurtres et les vols : tout ce qu'elle peut faire, c'est de les punir une fois commis. Cependant il y a un ordre de faits que la loi rend impossibles en les prohibant, ce sont les faits de création légale, tels que le mariage. Ainsi l'union contractée entre deux personnes qui n'ont pas le *connubium* est aussi impuissante à former un mariage que la tradition d'un *res sacra* à transférer la propriété.

(2) Une abstention commandée par le droit ou par la morale peut-elle faire l'objet

512. A l'objet des obligations se rattache une distinction fort importante : les unes sont certaines, les autres incertaines. Si pour le moment nous restreignons l'examen de cette distinction à la matière des stipulations, l'obligation certaine sera, d'après les textes, celle qui réunit les deux conditions suivantes : 1° détermination précise de la nature, de la qualité et de la quantité de l'objet stipulé (*quid, quale, quantum*) ; 2° expression de cette triple détermination dans la formule même de l'interrogation (*ex ipsa pronuntiatione*). — (LL. 74 et 75 pr., *De verb. obl.* — L. 6, *De reb. cred.*, XII, 1.)

Cette règle générale nous conduit tout d'abord à rejeter parmi les stipulations incertaines toutes celles qui ont pour objet un fait ou une abstention. Car la quantité due n'apparaît pas dans la formule du contrat (L. 75 § 7, *De verb. obl.*). Reste donc seulement à appliquer notre distinction aux stipulations de donner. Or, comme on l'a vu, la chose à donner peut être une *species* ou un *genus*.

Les stipulations portant sur une *species* seront ordinairement certaines (L. 75 § 10, *De verb. obl.*). En voici pourtant quelques-unes, et je n'entends pas tracer une énumération limitative, que les Romains tiennent pour incertaines : 1° la stipulation d'une *species futura* (L. 75 § 4, *De verb. obl.*), car il est impossible de préciser et d'évaluer la quantité due ; 2° la stipulation alternative, quand le choix est laissé au débiteur (L. 75 § 8 ; L. 106, *De verb. obl.*), car on est forcé d'attendre qu'il ait choisi pour dire quel sera l'objet de la dette ; 3° la stipulation d'un usufruit ou d'une servitude prédiale (L. 75 § 3, *De verb. obl.*). Car, si l'on sait avec précision quels sont les attributs dont la propriété du promettant va être dépouillée, on ne sait pas de quelle quantité son droit se trouvera diminué, comme on le saurait s'il avait promis une quote-part, par exemple le tiers ou la moitié indivise, de sa propriété (t. I, p. 657, note 1).

Quant aux stipulations de genre, elles sont évidemment certaines lorsqu'elles ont pour objet un capital consistant en argent (L. 74, *De verb. obl.*) (1). Ce sont même là les plus certaines de toutes, en ce sens

d'une stipulation? Je le pense. Papinien (L. 121 § 1, *De verb. obl.*) paraît bien admettre, en effet, qu'une femme stipule valablement de son futur mari qu'il ne renouera pas ses relations avec une concubine antérieure. La même doctrine est confirmée par la validité certaine de la stipulation *dolum abesse et abfuturum*.

(1) Cependant les stipulations d'intérêts sont réputées incertaines, car on ne sait pas à quelle somme ils pourront s'élever ; en conséquence celui qui stipule à la fois un capital et des intérêts est réputé faire deux stipulations distinctes dont l'une est *certa* et l'autre *incerta* (L. 75 § 9, *De verb. obl.*). Pareillement l'on tient pour

qu'une fois l'exactitude de la demande vérifiée, le chiffre de la condamnation se trouve tout déterminé sans qu'il soit nécessaire, comme dans les autres cas, de recourir à une estimation de l'intérêt engagé dans le litige (Gaius, IV, 50). Cette hypothèse mise à part, il semblerait, d'après la règle précédemment posée, que les autres stipulations de genre doivent être certaines par cela seul que la formule énonce la qualité des choses stipulées. Or il n'en est rien. Ulpien (L. 75 § 2, *De verb. obl.*), comparant deux stipulations dont l'une a pour objet cent mesures de bon froment d'Afrique, et l'autre cent mesures du meilleur froment d'Afrique, décide que la seconde seule est *certa*. Et pourquoi cela ? parce qu'il y a des degrés dans le bon et qu'il n'y en a pas dans le meilleur. Pour le même motif, ce serait encore une stipulation *certa* que celle dont l'objet consisterait en cent mesures de froment d'Afrique de la dernière qualité. Et s'il faut conclure par une formule générale, je dirai que la stipulation d'une quantité autre que de l'argent n'est certaine que lorsque la qualité indiquée fournit au juge une base d'appréciation absolument fixe, c'est-à-dire lorsqu'elle n'est pas susceptible de plus ou de moins (1).

513. Quel est maintenant l'intérêt pratique de notre distinction? Je le rattache à un principe général d'après lequel une action person-

incertaine toute stipulation d'annuités ou de prestations périodiques qui doivent cesser à une époque indéterminée (n° 531).

(1) Je crois devoir mentionner à part une espèce de stipulations dont l'objet pouvait être indifféremment une *species* ou un *genus*. Ce sont celles-ci : *quod mihi Seius debet*, ou *quod ex testamento mihi debes, dare spondes?* De telles stipulations offraient un moyen de nover une obligation antérieure, et pour cela elles étaient très fréquentes dans la pratique Romaine. Ulpien (L. 75 § 6, *De verb. obl.*) nous apprend qu'on les tenait pour incertaines, encore que l'objet dû par Seius ou en vertu du testament fût un *certum ;* et il fait remarquer que cette décision a quelque chose de bizarre, car on réputait certaine la stipulation ainsi conçue : *vinum, oleum, triticum, quod in horreo est, spondes?* N'y a-t-il pas cependant une différence réelle entre les deux hypothèses? Je le crois. Quand je stipule le blé qui est dans votre grenier ou l'argent qui est dans votre cassette, aucune difficulté de droit ne peut s'élever sur la détermination de la chose : il n'y a qu'un fait à vérifier. Au contraire, quand je stipule ce que Séius me doit ou ce que vous me devez en vertu d'un testament, on peut craindre des contestations sur l'étendue ou même sur l'existence de la dette : non seulement donc je ne connais pas le contenu de ma stipulation, mais je n'ai pas à ma disposition un moyen infaillible de le faire immédiatement apparaître. — Le même texte d'Ulpien nous signale une autre bizarrerie : le fidéjusseur, quoique interrogé en ces termes *id fide tua esse jubes?* contractait une obligation certaine, par cela seul que tel était le caractère de l'obligation principale. Très probablement on avait été fixé en ce sens par cette considération que si l'une des deux obligations avait pu être *certa*, l'autre étant *incerta*, elles n'auraient pas eu pour objet *eamdem rem*, ainsi que l'exigeait l'essence même de la fidéjussion.

nelle emprunte la rédaction de son *intentio* à la formule de l'acte juridique d'où elle dérive (Gaius, IV, § 54 *in fine*). Donc, où la stipulation sera *certa*, l'action qui la sanctionne aura elle-même une *intentio certa;* où la stipulation sera *incerta*, l'*intentio* de l'action sera également *incerta*. Bien que le sens pratique et les conséquences de ces deux propositions ne puissent être mis en pleine lumière qu'à propos de la théorie des actions, je constate dès à présent qu'elles nous fournissent l'explication d'une habitude de langage tout d'abord assez étonnante. En effet, nous voyons, par les Institutes (pr. *sup.*) et par un texte d'Ulpien (L. 24, *De reb. cred.*, XII, 1), que l'action née du contrat de stipulation se présente sous deux noms différents : on l'appelle spécialement *condictio*, lorsque la stipulation est *certa*, action *ex stipulatu* lorsqu'elle est *incerta*. Au premier aspect, cette variété de dénominations pourrait faire croire à une différence essentielle dans la nature des deux actions. Mais ce serait là une idée tout à fait fausse. D'une part, en effet, c'est bien une action *ex stipulatu* que celle qui naît d'une stipulation même *certa :* car, outre que les actions tirent généralement leur nom du fait qui les engendre, je vois les textes reconnaître que la *stipulatio pœnæ* est *certa* (L. 68, *De verb. obl.*), et néanmoins la sanctionner par une action qu'ils appellent *ex stipulatu* (L. 10 § 1, *De pact.*, II, 14. — L. 28, *De act. empt.*, XIX, 1. — L. 14, C., *De pact.*, II, 3) (1). D'autre part, l'action dérivant d'une stipulation même *incerta* est bien une *condictio :* pour le nier, il faudrait ou mettre en doute l'existence des *condictiones incerti*, ou prétendre que la distinction des *condictiones certi* et *incerti* ne se rattache pas simplement à la détermination plus ou moins parfaite de l'objet dû, mais aussi à une différence essentielle dans la cause de l'obligation. Je conclus donc que toute action née d'une stipulation peut indifféremment s'appeler action *ex stipulatu*, si l'on se réfère au contrat dans lequel elle a son origine, et *condictio* si l'on envisage la place qu'elle occupe dans la classification des actions. Ces données admises, et elles ne sont guère contestables, comment se rendre compte de la séparation que les Institutes paraissent établir

(1) Le même langage se retrouve dans des textes qui se réfèrent à des stipulations ayant pour objet tel esclave ou telle somme d'argent; or ce sont là sans le moindre doute des stipulations certaines (L. 51; L. 121 § 1, *De verb. obl.* — n° 512). On remarquera aussi que Gaius (III, § 94) présente bien l'action *ex stipulatu* comme étant la sanction régulière de toute stipulation.

entre la *condictio* née d'une stipulation *certa* et celle qui naît d'une stipulation *incerta* ? par cette obervation fort simple que l'une est une *condictio certi*, l'autre une *condictio incerti*, et que ces deux *condictiones* ont, à côté de règles communes, des règles spéciales très différentes. Ce sont ces différences que l'on a voulu traduire dans le langage, et si l'on a plus particulièrement réservé le nom de *condictio* à l'action donnée en vertu d'une stipulation *certa*, cela n'a rien de bien étonnant pour qui sait que la *condictio certi* est tout à la fois plus ancienne et plus originale que la *condictio incerti*; plus précisément, selon moi, cela tient à ce que les formules de ces deux actions étaient composées d'une manière toute différente, la *condictio incerti* ayant une *demonstratio* et la *condictio certi* n'en ayant pas (n° 757).

514 *a*. J'ai déjà fait pressentir que ce ne sont pas seulement les obligations nées de la stipulation qu'on divise en certaines et incertaines. Cette classification est indépendante de la nature du fait qui oblige, elle est absolument générale. Mais le criterium que les textes nous ont fourni en matière de stipulation, où le trouverons-nous quand nous serons en dehors de ce contrat? S'il s'agit d'une obligation engendrée par une formule écrite ou orale, notre embarras ne sera pas grand. L'énoncé de cette formule déterminera le caractère de l'obligation. Et de là je tire notamment les résultats suivants : 1° l'obligation née du legs *per damnationem* sera tantôt *certa*, tantôt *incerta* (1) ; car la formule de ce legs s'adapte, aussi bien que celle de la stipulation, à toutes les choses qui peuvent faire l'objet d'une obligation, et elle comporte la même variété de nuances dans l'expression de l'objet dû ; 2° l'obligation née du contrat *litteris* sera toujours *certa*, parce que ce contrat ne peut avoir pour objet que des sommes déterminées; 3° enfin l'obligation constatée par une sentence judiciaire sera également *certa* dans tous les cas, le juge Romain ne pouvant condamner qu'à des sommes d'argent déterminées (Gaius, IV, § 52).

Passant aux obligations dont la naissance n'implique aucune espèce de formule, comment discerner celle qui est certaine de celle qui ne l'est pas? Sous une forme différente, notre règle restera la même au fond : nous rechercherons encore si le fait générateur de l'obligation

(1) En matière de legs, notre distinction présente quelques intérêts spéciaux qu'elle n'a pas en cas de stipulation (Gaius, III, § 175; IV, § 9. — Inst., § 7, *De obl. quas. ex contr.*, III, 27).

met en lumière immédiate la nature, la qualité et la quantité des choses dues. Soit par exemple un *mutuum* : qu'on considère, d'une part, que l'obligation de l'emprunteur a sa cause dans une dation, et qu'il n'y a pas de dation qui ne porte sur des choses de tous points déterminées, d'autre part, qu'elle a pour objet une autre dation exactement égale à la première ; et de là on conclura qu'une telle obligation est nécessairement *certa*, car qui en connaît la cause en connaît avec précision l'objet. Cette doctrine, sur laquelle le doute n'est pas permis, puisque le *mutuum* est invariablement sanctionné par une *condictio certi*, doit être étendue sans hésitation à tous les cas où la dette a tout à la fois pour cause une dation et pour objet une autre dation égale. Hors de là nous n'aurons que des obligations incertaines. Tel sera donc le caractère constant de celles qui dérivent ou d'un contrat réel autre que le *mutuum* ou d'un contrat consensuel ; car il n'y en a pas une qui tire son origine d'une dation. Tel sera également, et pour le même motif, le caractère ordinaire des obligations *ex delicto*.

V. — DES OBLIGATIONS DIVISIBLES ET INDIVISIBLES.

515 *a*. Dans la plupart des cas l'objet de l'obligation est tel qu'on peut le décomposer, matériellement ou intellectuellement, en parts tout à fait semblables entre elles et ne différant du tout que par la quantité. Attribuant alors à l'obligation elle-même le caractère de son objet, on dit qu'elle est divisible. Quand, au contraire, l'objet ne se prête pas à une telle décomposition, l'obligation est qualifiée indivisible (1).

Pour appliquer cette distinction il faut en avoir compris l'intérêt pratique, et pour cela il faut se placer successivement dans deux hypothèses :

1° Soit d'abord un seul créancier et un seul débiteur. — L'obligation est-elle divisible : on la conçoit s'exécutant et plus générale-

(1) Une fois l'obligation née, il n'y a pas d'intérêt à faire remarquer que son caractère de divisibilité ou d'indivisibilité n'est qu'une conséquence de la nature divisible ou indivisible de son objet. Mais cela est fort intéressant quand elle n'existe pas encore. En effet, partout où une chose est indivisible, il ne se peut pas qu'on la stipule pour partie (L. 15 § 1, *De op. lib.*, XXXVIII, 1); et par exemple, celui qui promettrait le quart ou la moitié d'une servitude prédiale ne s'obligerait pas, il aurait promis l'impossible. Aussi, lorsque les propriétaires d'un fonds veulent l'enrichir ou le grever d'une servitude, non seulement il faut le concours de tous, mais chacun doit stipuler ou promettre la servitude tout entière (L. 19, *De serv. præd. rust.*, VIII, 3).

ment s'éteignant pour partie ; on conçoit également une poursuite partielle. Tout dépend ici du bon vouloir du créancier, toujours libre d'exiger un payement intégral et d'agir pour le tout. L'obligation, au contraire, est-elle indivisible : la nature même de son objet veut qu'elle s'éteigne ou subsiste tout entière, qu'il n'y ait ni payement ni poursuite, ou que le payement ou la poursuite comprenne tout ce qui est dû (L. 13 § 1, *De accept.*, XLVI, 4).

2° Soit pluralité de créanciers ou de débiteurs, et nous verrons bientôt quels sont les faits qui engendrent une telle situation. — Si l'objet de l'obligation est divisible, il y a de plein droit autant de créances que de créanciers, autant de dettes que de débiteurs ; et ces diverses créances ou dettes sont pleinement indépendantes les unes des autres, c'est-à-dire que chaque créancier ne peut recevoir ou demander que sa part, ni chaque débiteur être poursuivi que pour la sienne. Qu'au contraire l'objet soit indivisible, comme une exécution et une extinction partielle ne se conçoivent pas, la poursuite non seulement pourra être exercée pour le tout par l'un quelconque des créanciers ou contre l'un quelconque des débiteurs, mais elle ne pourra pas l'être autrement (L. 85 pr., §§ 1 et 2, *De verb. obl.*).

516 *a*. Arrivant à la détermination des obligations qui sont divisibles et de celles qui ne le sont pas, je distingue si la promesse a pour objet de donner, de faire ou de ne pas faire.

Quant aux obligations de donner, elles empruntent nécessairement le caractère du droit réel qu'il s'agit de transférer ou de constituer. D'où je conclus que dans cette classe d'obligations celles-là seules seront indivisibles qui tendront à la création d'une servitude prédiale ou d'une servitude personnelle autre que l'usufruit (L. 2 § 1, *De verb. obl.*). Car ce sont là les seuls droits réels qui ne comportent pas de division (1).

Sur les obligations de faire, ce que l'on peut dire de plus général, c'est qu'il faut examiner dans chaque cas particulier si le fait à accomplir comporte ou non la possibilité d'une exécution partielle. A l'égard des faits juridiques, c'est-à-dire de ceux dont la loi elle-même détermine les conditions et les effets, l'application de cette règle un peu vague ne présentera pas grande difficulté, parce qu'il suffira tou-

(1) L'obligation de constituer une hypothèque est certainement divisible ; car, comme on l'a vu, l'indivisibilité de cette espèce de droit ne signifie nullement qu'il ne puisse pas porter sur une quote-part de la propriété. Il est donc bien susceptible de plus ou moins (n° 287).

jours de considérer la nature de l'acte en lui-même. S'agit-il, par exemple, d'un affranchissement : comme l'acquisition partielle de la liberté est chose absolument inconcevable, nous aurons là sans aucun doute une obligation indivisible. Plaçons-nous, au contraire, dans l'hypothèse d'un legs de libération : si le testateur laisse deux héritiers, il est impossible que l'un d'eux fasse ni acceptilation ni pacte de remise pour une part supérieure à celle que son droit héréditaire lui donne dans la créance ; et réciproquement, si le débiteur décède avant l'acquittement du legs, il est impossible à l'un quelconque de ses héritiers d'exiger une libération supérieure à la part dont il est tenu dans la dette. Voilà donc une obligation divisible. Tel serait également le caractère de la promesse par laquelle je m'engagerais à ratifier l'acte fait en mon nom par un tiers (L. 44 § 6, *Fam. ercisc.*, X, 2. — L. 4 § 1, *De verb. obl.* — L. 2 § 2, *De stip. præt.*, XLVI, 5) (1). — Que s'il s'agit d'actes non juridiques, il faudra les apprécier non seulement d'après leur nature, mais aussi d'après l'intention des parties. Supposons que vous m'avez promis de faire tel voyage dans mon intérêt, voilà un acte naturellement indivisible. Que si j'ai stipulé la construction d'une maison ou d'un théâtre, l'acte en lui-même se prête sans aucun doute à une exécution partielle ; toutefois, comme mon but a été d'obtenir, non pas une série de travaux aboutissant petit à petit à l'achèvement d'une maison ou d'un théâtre, mais bien une maison ou un théâtre considérés comme une œuvre complète et propre à sa destination, l'obligation sera indivisible ; car on n'habite pas une maison inachevée, on ne donne pas de représentation dans un théâtre qui n'est construit que pour partie (L. 80 § 1, *Ad. leg. Falcid.*, XXXV, 2). C'est toujours à ce point de vue que les Romains se placent pour apprécier les obligations dont l'objet est de créer une œuvre nouvelle envisagée comme un tout et qui doit être livrée finie (*opus*. — L. 85 § 2, *De verb. obl.*). Tout au contraire, ils tiennent pour divisible l'obligation d'exécuter soit un certain nombre de travaux (*operæ*) de même nature, par exemple dix journées de labour ou dix copies d'un manuscrit, soit même un seul travail dont l'accomplissement partiel présenterait une utililé réelle, tel que serait le défrichement d'un bois (L. 54 § 1, *De verb. obl.*) (2).

(1) Je suppose ici, cela va de soi, que l'obligation à éteindre en exécution du legs de libération et le fait à ratifier sont eux-mêmes divisibles. Même observation relativement à la stipulation *amplius non agi*, dont il va être bientôt question.

(2) L'obligation de livrer, dans les cas où elle ne se confond pas avec celle de

Relativement, enfin, aux obligations de ne pas faire, les principes sont les mêmes que pour les obligations de faire. Elles ne seront donc indivisibles qu'autant que le fait dont le débiteur doit s'abstenir ne comportera pas d'exécution partielle. Et par exemple, ce sera une obligation indivisible que celle de ne pas affranchir un esclave ou de ne pas l'employer à tel ou tel genre de travail. Ce serait, au contraire, une obligation divisible que celle qui aurait pour objet de ne pas exercer une action en justice (*amplius non agi*). Car que l'un des contractants meure : chacun des héritiers du promettant ne pourra exécuter la promesse que jusqu'à concurrence de la part qui lui appartient dans l'action à ne pas intenter, et de même chaque héritier du stipulant ne pourra profiter de l'acquittement de l'obligation que dans la mesure pour laquelle il est tenu de cette même action (L. 4 § 1, *De verb. obl.*) (1).

517 *a*. Reste à étudier de plus près les conséquences de la divisibilité ou de l'indivisibilité de l'obligation, et cela en nous plaçant spécialement dans l'hypothèse où cette distinction présente son plus haut intérêt, celle de plusieurs créanciers ou de plusieurs débiteurs.

Supposons d'abord l'obligation divisible. Dans quelle proportion s'opérera la division? La réponse suppose une revue des diverses causes d'où peut résulter la pluralité de créanciers ou de débiteurs. Or la plus pratique, celle que visent la plupart des textes relatifs à notre matière, c'est la mort du créancier ou du débiteur laissant plusieurs héritiers. On a déjà vu (n° 361) qu'ici ce sont les douze Tables qui prononcent la division de la créance ou de la dette, et qu'elles lui donnent pour base, et elles ne pouvaient lui en don-

donner (L. 28, *De verb. obl.*), est-elle divisible? Il semble bien que telle soit sa nature. Si l'on allègue en sens contraire la loi 72 pr., *De verb. obl.*, je ferai remarquer que ce texte est suspect; car il compte aussi pour indivisible la *stipulatio operarum*, affirmation qui dans cette généralité n'est certainement pas soutenable. On peut conjecturer que le jurisconsulte se référait à l'hypothèse dans laquelle je promets une tradition, et, pour le cas où je ne l'exécuterais pas, une somme d'argent déterminée (*pœna*). Or, ici, pour que la somme d'argent ne soit pas due, la tradition doit être faite tout entière; sans quoi, l'on répute accomplie la condition à laquelle est subordonnée l'obligation de payer la somme (L. 85 § 6, *De verb. obl.*). Et ceci me conduit à signaler une confusion très fréquemment commise entre l'indivisibilité de l'obligation et l'indivisibilité de la condition. Tel fait, qui formerait l'objet d'une obligation parfaitement divisible, sera indivisible s'il est mis *in conditione;* car une condition ou s'accomplit tout à fait ou ne s'accomplit pas du tout (n° 536).

(1) Je me crois dispensé, par les exemples de faits et d'abstentions divisibles que j'ai cités, de réfuter une opinion d'après laquelle toute obligation de faire ou de ne pas faire serait indivisible.

ner une autre, la proportion des parts héréditaires elles-mêmes (LL. 1 et 2, C., *Si unus ex plur. her.*, VIII, 23). Dans cette première hypothèse, la division n'est qu'un accident postérieur à la naissance de l'obligation et tout à fait étranger à la volonté des contractants. Mais voici d'autres cas où elle est l'œuvre soit des parties elles-mêmes, soit d'un tiers, et où dès l'origine il y a plusieurs débiteurs : 1° l'obligation est contractée ou par une seule personne envers plusieurs ou par plusieurs envers une seule. Par exemple, ce sont deux associés qui prêtent ou empruntent ensemble. Ici et dans toutes les hypothèses pareilles, la division se fait par parts viriles, à moins qu'une volonté contraire ne soit exprimée ou ne résulte de l'évidence des faits. Ainsi quand deux copropriétaires vendent un immeuble sur lequel ils ont des droits inégaux, on regardera quelle est la part indivise de chacun pour avoir la mesure tant de son obligation de livrer que de son droit au prix (1); 2° soit une stipulation faite par un *servus communis :* la créance est acquise à tous ses maîtres, et la division a pour base naturelle et nécessaire la quotité de leurs droits respectifs dans la propriété de l'esclave (L. 5, *De stip. serv.*, XLV, 3) (2); 3° soit un legs mis à la charge de plusieurs héritiers : la division se fera entre eux, comme s'il s'agissait d'une dette du défunt, proportionnellement à leurs parts héréditaires. Que si le legs est adressé à plusieurs légataires, pour qu'il se divise il faut le supposer fait *conjunctim*, et la division s'opère alors par parts viriles (n° 395) ; 4° soit enfin une condamnation prononcée contre plusieurs personnes par une seule et même sentence. Elle se divise de plein droit et proportionnellement au nombre des condamnés, à moins que le juge ne les ait expressément déclarés responsables de leur insolvabilité réciproque (L. 43, *De re jud.*, XLII, 1 — L. L. 1 et 2, C., *Si plur. un. sent.*, VII, 55).

Selon quel mode s'opérera la division, ou, ce qui revient au même, quel sera l'objet précis du droit ou de l'obligation de chacun? Distinguons entre les obligations de donner et celles de faire ou de ne pas faire.

(1) Dans les hypothèses que je donne en exemples, j'évite à dessein de faire figurer celle de plusieurs stipulants ou de plusieurs promettants. Ici, en effet, chacun est nécessairement créancier de tout ce qu'il a stipulé ou débiteur de tout ce qu'il a promis : une division ne se comprend donc pas, quand il n'y a qu'un seul contrat (t. II, p. 318, texte et note 3).

(2) Même résultat, d'après le droit prétorien, si l'esclave commun s'oblige sur l'ordre de tous ses maîtres.

Quant aux obligations de donner, la règle générale est que le droit de chaque créancier comme aussi l'obligation de chaque débiteur porte sur une part indivise de l'objet dû. Par exemple, j'ai stipulé Stichus, chacun de mes héritiers demandera une part de Stichus. Que si j'avais stipulé Stichus et Pamphile, chaque héritier demanderait une part de Stichus et une part de Pamphile. Cette règle toutefois cesse à l'égard des obligations portant sur plusieurs objets qui ne sont déterminés que dans leur genre. On dit ici que l'obligation se divise *numero*. Ainsi j'ai stipulé dix sous d'or ou deux esclaves; si je laisse deux héritiers pour parts égales, le débiteur doit, non pas les mettre dans l'indivision relativement à dix sous d'or ou à deux esclaves, mais bien donner à chacun la pleine propriété de cinq sous d'or ou d'un esclave. Réciproquement, si c'est le débiteur qui laisse deux héritiers, chacun doit cinq sous d'or ou un esclave. Ces décisions, qui épargnent aux cocréanciers les désagréments de l'indivision, et aux codébiteurs la difficulté de s'entendre sur la détermination des choses à donner, sont fondées sur l'équivalence que les parties contractantes ont attribuée ou reconnue à toutes les choses comprises dans un même genre, (L. 54 § 1 ; L. 117, *De verb. obl.* — L. 29, *De solut.*, XLVI, 3).

En ce qui concerne les obligations de faire ou de ne pas faire, en principe elles se partagent par portions divises. Cela est absolu quand il s'agit de faits juridiques, tels qu'une libération à procurer ou une action à ne pas exercer. Mais lorsque l'obligation a pour objet un certain nombre de travaux de même nature, la division se fait *numero*. Par exemple dix journées de travail ont été promises : que le stipulant meure laissant deux héritiers, chacun demandera cinq journées de travail (L. 15 § 1, *De op. lib.*, XXXVIII, 1. — L. 54 § 1, *De verb. obl.*).

Passons à l'hypothèse d'une obligation indivisible (1). La pour-

(1) Le jurisconsulte Tubero, celui contre l'accusation duquel Cicéron défendit le proconsul Ligarius, proposa une distinction entre l'obligation de donner et celle de faire. Cette dernière, selon lui, changeait d'objet par suite de l'inexécution : elle devenait dette d'argent, et par conséquent la poursuite pouvait et devait être divisée. Ce même point de vue eût également conduit à décider qu'une fois l'instance engagée le défendeur ne se libérait plus en exécutant le fait promis. Ulpien, qui rapporte cette opinion, constate qu'elle avait obtenu l'approbation de Celsus; mais lui-même ne paraît pas l'accueillir (L. 72 pr., *De verb. obl.*), et Paul la repousse clairement (L. 85 pr. et § 2, *De verb. obl.*). Et en effet on ne pouvait guère la fonder que sur le caractère nécessairement pécuniaire des condamnations prononcées par le juge, et alors, en bonne logique, il eût fallu reconnaître que les

suite, ai-je dit, ne peut s'exercer que pour le tout. Mais il importe grandement, pour déterminer les résultats de l'action, de distinguer entre le cas où elle est intentée par l'un de plusieurs créanciers et le cas où elle est intentée contre l'un de plusieurs débiteurs. Au premier cas, le créancier demandeur, en gagnant son procès, gagne aussi celui des autres créanciers, en ce sens qu'ils peuvent se prévaloir de la chose jugée en sa faveur ; mais il n'obtient condamnation que dans la mesure de son intérêt personnel ; et pourquoi cela ? parce que, si l'objet de l'action est indivisible, l'objet de la condamnation, consistant toujours en argent, ne l'est pas : or, à condamner le débiteur pour le tout, il y aurait ce double inconvénient de faire courir aux cocréanciers du poursuivant le risque de l'insolvabilité de ce dernier et de lui imposer à lui-même une responsabilité inutile (1). Au second cas, au contraire, le défendeur sera condamné pour le tout parce qu'ainsi l'exige l'intérêt du créancier ; seulement il aura un recours à exercer contre ses codébiteurs (L. 25 §§ 9 et 10, *Fam. ercisc.*, X, 2) (2).

VI. — DES STIPULATIONS ET PROMESSES POUR AUTRUI.

Lib. III, Tit. XVII, *De stipulatione servorum*, § 1. — Sive autem domino, sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter servus stipuletur, domino acquirit. Idem juris est et in liberis qui in potestate patris sunt, ex quibus causis acquirere possunt (Florent., L. 15, *De stip. serv.*, XLV, 3).

Soit que l'esclave stipule pour son maître, pour soi-même, pour son coesclave, ou sans désignation de personne, il acquiert pour son maître. La règle est la même à l'égard des enfants soumis à la puissance paternelle, dans les cas où ils peuvent acquérir pour leur père.

obligations de donner devenaient elles-mêmes divisibles en cas d'inexécution. L'effet de l'indivisibilité se fût ainsi réduit à empêcher l'exécution volontaire pour partie.

(1) Le créancier qui agit seul déduit-il le droit *in judicium* à l'égard de ses cocréanciers eux-mêmes? Une telle doctrine entraînerait des conséquences difficiles à admettre. De deux choses l'une, en effet : ou ce créancier réussit, ou il échoue. S'il réussit, comment les autres s'y prendraient-ils, leur action étant éteinte, pour faire valoir l'autorité de la chose jugée? Et s'il échoue, il faudrait donc dire que par sa faute il a perdu le droit de tous, doctrine inique et qui ne paraît pas avoir été reçue (arg. de la loi 19, *Si serv. vind.*, VIII, 5). Je suis donc porté à croire que la *deductio in judicium* et l'extinction du droit ne s'opéraient que dans les rapports du demandeur et du défendeur.

(2) Bien entendu, ce recours échoue s'il est prouvé que le débiteur poursuivi n'a été condamné que pour s'être mal défendu.

Lib. III, Tit. XIX, *De inutilibus stipulationibus*, § 3. — Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, non obligabitur, veluti si spondeat Titium quinque daturum. Quod si effecturum se ut Titius daret spoponderit, obligatur.

Celui qui promet qu'un autre donnera ou fera n'est pas obligé, par exemple s'il promet que Titius donnera cinq. Que s'il promet de faire que Titius donne, il s'oblige.

§ 4. — Si quis alii, quam cujus juri subjectus sit, stipuletur, nihil agit... Quod si quis sibi et alii, cujus juri subjectus non sit, dari decem aureos stipulatus est, valebit quidem stipulatio; sed utrum totum debeatur quod in stipulationem deductum est, an vero pars dimidia, dubitatum est : sed placet non plus quam dimidiam partem ei adquiri. Ei qui juri tuo subjectus est, si stipulatus sis, tibi adquiris, quia vox tua tanquam filii sit, sicuti filii vox tanquam tua intelligitur in iis rebus quæ tibi adquiri possunt (Gaius, III, § 103).

Si quelqu'un stipule pour une personne sous la puissance de laquelle il n'est pas, l'acte est nul. Que si l'on a stipulé dix sous d'or pour soi-même et pour une autre personne à la puissance de laquelle on n'est pas soumis, la stipulation vaudra; mais la dette comprend-elle l'objet entier de la stipulation ou seulement la moitié? c'est un point controversé, et l'on admet qu'il n'est pas dû plus de la moitié. Si vous stipulez pour celui qui est sous votre puissance, vous acquérez pour vous, parce que votre voix est réputée celle de votre fils, comme la sienne est réputée la vôtre à l'égard des choses qui peuvent vous être acquises.

§ 19. — Alteri stipulari, ut supra dictum est, nemo potest : inventæ sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest; ceterum, ut alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane, si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut, nisi ita factum sit ut comprehensum est, committatur pœnæ stipulatio etiam ei cujus nihil interest; pœnam enim quum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit ejus, sed quæ sit quantitas quæque conditio stipulationis. Ergo si quis stipuletur Titio dari, nihil agit; sed si addiderit pœnam : *nisi dederis, tot*

Nul ne peut, comme on l'a déjà dit, stipuler pour autrui : en effet, ce genre d'obligations a été imaginé pour que chacun pût acquérir là où il y a intérêt ; or le stipulant n'est pas intéressé à ce que l'on donne à un tiers. Toutefois, si l'on veut arriver à ce résultat, il conviendra de stipuler une peine, de telle sorte que le fait prévu n'étant point accompli, la peine soit encourue indépendamment de tout interêt; car, là où une peine a été stipulée, on n'examine pas quel est l'intérêt du stipulant, mais bien quelle quantité la stipulation comprend et à quelle condition elle est subor-

aureos dare spondes? tunc committitur stipulatio (Ulp., L. 38 § 17, *De verb. obl.*, XLV, 1).

donnée. Donc celui qui stipule qu'on donnera à Titius fait un acte nul; mais s'il ajoute une peine en ces termes : *Si vous ne donnez pas, promettez-vous tant de sous d'or ?* cette stipulation est efficace.

§ 20. — Sed et si quis stipuletur alii, quum ejus interesset, placuit stipulationem valere. Nam, si is qui pupilli tutelam administrare cœperat, cessit administratione contutori suo, et stipulatus est rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri quod stipulatus est, quum obligatus futurus esset pupillo si male gesserit, tenet obligatio. Ergo et si quis procuratori suo dari quis stipulatus sit, stipulatio vires habebit; et si creditori suo dari quis stipulatus sit, quod sua interest, ne forte vel pœna committatur, vel prædia distrahantur quæ pignori data erant, valet stipulatio (Ulp., L. 38 §§ 20 et 23, *De verb. obl.*, XLV, 1).

Mais lors même qu'une personne stipule pour autrui, on admet, si elle y est intéressée, la validité de la stipulation. En effet, si celui qui a commencé à gérer la tutelle d'un pupille cède l'administration à son cotuteur et stipule que le patrimoine du pupille sera sauf, comme le stipulant est intéressé à l'exécution de la stipulation, puisqu'en cas de mauvaise gestion il doit être obligé envers le pupille, l'obligation est valable. Donc aussi, lorsque quelqu'un stipule qu'on donnera à son procureur, la stipulation a toute sa force; et elle vaut également, si quelqu'un stipule qu'on donnera à son créancier, parce que lui-même y a intérêt, par exemple pour empêcher une peine de devenir exigible ou pour prévenir la vente d'immeubles donnés en gage.

§ 21. — Versa vice, qui alium facturum promisit videtur in ea esse causa ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit.

A l'inverse, celui qui a promis le fait d'autrui n'est pas réputé obligé, à moins qu'il n'ait lui-même promis une peine.

518. J'ai toujours supposé que la stipulation concerne personnellement les deux parties, c'est-à-dire qu'elle tend à créer pour l'une une charge et pour l'autre un droit. C'est ce que les Romains expriment par ces deux règles célèbres : *Nemo alienum factum promittere potest* (L. 38 pr., *De verb. obl.* — L. 65, *De fidej.*, XLVI, 1). — *Nemo alteri stipulari potest* (§ 19 *sup.* — L. 38 § 17, *De verb. obl.*). Ces règles ont l'une et l'autre un double sens :

1° Elles signifient d'abord que lorsque je promets ou stipule dans l'intention de faire naître une obligation à la charge ou au profit

d'un tiers, je ne réussis pas à rendre ce tiers débiteur ou créancier. Que je ne puisse obliger un tiers, c'est une conséquence de ce principe consacré par l'équité et par le droit que nos actes ne nuisent qu'à nous-mêmes (C., *Int. al. act.*, etc., VII, 60). Mais que je ne puisse acquérir une créance à un tiers, n'est-ce pas contredire cette idée non moins vraie qu'il ne nous est pas défendu d'améliorer la condition d'autrui (L. 39, *De neg. gest.*, III, 5. — L. 53, *De sol.*, XLVI, 3)? La contradiction n'est qu'apparente : je puis améliorer la condition d'autrui, quand il suffit pour cela de me grever moi-même, par exemple quand je paye la dette d'un tiers ou que je le libère en me portant *expromissor;* mais je ne le puis plus, lorsque ce résultat implique que je grève un autre que moi-même, et c'est ce qui arriverait, s'il m'était permis d'acquérir une créance pour autrui. Car quel serait le débiteur? ce serait le promettant, et non pas moi. La vérité est donc que le principe qui nous empêche de stipuler pour un tiers et celui qui nous autorise à améliorer la condition d'autrui se limitent l'un l'autre, mais ne se contredisent pas.

2° Nos deux règles signifient, en outre, et c'est sur cette seconde signification que les textes insistent principalement, parce qu'elle n'a pas l'évidence de la précédente et qu'elle est plus spéciale à la matière des obligations, qu'en promettant ou stipulant pour autrui je ne deviens pas moi-même débiteur ou créancier. Je ne deviens pas débiteur, parce que je ne veux pas le devenir; je ne deviens pas créancier, parce que, voulussé-je le devenir, l'intérêt, je parle d'un intérêt appréciable en argent, me fait défaut (§ 19 *sup.*).

La signification et les motifs de nos deux règles en déterminent très nettement la portée : malgré la conception un peu étroite de leurs formules, elles ne se restreignent pas à la matière de la stipulation; elles s'appliquent sans distinction à tous contrats, et même à tous les actes juridiques qui supposent comme condition essentielle le concours de deux volontés (L. 11, *De obl. et act.*, XLIV, 7, — L. 73 § 4, *De reg. jur.*, L, 17. — L. 6, C, *Si quis alteri*, etc., IV, 50). Il faut donc dire d'une manière générale que toute convention dont les effets immédiats doivent, dans la pensée des parties, se réaliser activement ou passivement en la personne d'un tiers, est nulle. Et ceci, qu'on le remarque bien, reste vrai encore que l'un des contractants agisse comme mandataire, tuteur ou curateur : les pouvoirs qu'il a en cette qualité ne font pas de lui un représentant dont

la personnalité s'efface pour ne laisser apparaître que celle du représenté. Bien qu'agissant pour le compte d'autrui, il doit contracter en son nom personnel. S'il contracte au nom d'un tiers, il fait un acte nul. Car, dit-on, il n'a pas voulu devenir lui-même créancier ou débiteur, et il n'a pu faire qu'un tiers le devînt (L. 6, C., *Si quis alt.*, IV, 50. — L. 26, C., *De jur. dot.*, V, 12). Au surplus nos deux règles, appliquées dans cet ordre d'hypothèses, ne comportent plus aucune explication rationnelle, et ne sont que l'expression d'un formalisme dont le droit romain lui-même finit par s'écarter (nos 636 et 637).

Entrons maintenant dans une étude plus détaillée.

519. Dans les contrats de bonne foi, la règle *Nemo alienum factum promittere potest* se réduit à dire que l'obligation ne se forme qu'autant que le promettant a l'intention sérieuse de s'obliger lui-même, et cette intention se présume toujours, parce qu'il est naturel de suivre l'interprétation qui donne un sens à l'acte plutôt que celle qui le rend inutile (L. 21, *De reb. dub.*, XXXIV, 5. — L. 80, *De verb. obl.*) (1). Mais cette doctrine doit-elle être étendue à la stipulation? Non; là, en effet, le caractère absolument strict du contrat exclut toute interprétation qui aboutirait à retrancher quelque chose des paroles employées par les parties (n° 499). Aussi notre règle présente-t-elle ici un intérêt tout particulier, comme on va le comprendre par la comparaison de deux formules que les Institutes (§ 3 *sup.*) opposent l'une à l'autre. Si je vous dis : *spondes te effecturum ut Titius det quinque aureos?* l'obligation naît sans difficulté, parce qu'il est visible que nous lui avons donné pour objet votre fait personnel. Si au contraire ma question est ainsi conçue : *spondes Titium daturum quinque aureos?* l'obligation est nulle, car il ressort d'une interprétation qu'on ne saurait écarter sans méconnaître la formule du contrat que la personne que nous nous sommes proposé de lier, ce n'est pas vous promettant, mais bien Titius. Et pourtant, s'il était permis de rechercher notre intention, abstraction faite de nos paroles, peut-être trouverait-on qu'elle a été la même, sous une forme moins exacte, que dans le cas précédent. En résumé donc, l'expression positive du fait d'autrui dans la formule de la stipulation entraîne

(1) Bien que conçus en vue de la stipulation, ces textes n'ont leur application complète que dans les contrats de bonne foi, parce que là la recherche de l'intention des contractants n'est pas limitée par la nécessité de respecter une formule solennelle.

cette présomption absolue que le promettant n'a pas voulu s'obliger (1). Mais n'exagérons rien, et ne concluons pas de là que le fait du promettant ait besoin d'être lui-même formellement exprimé. Ainsi quand je stipule *decem dari*, le contrat est tout aussi valable que si j'eusse posé ma question en ces termes : *spondes te decem daturum?* Et en effet, sans faire la moindre violence aux paroles employées, on peut les entendre du fait personnel du promettant. Par là s'explique la validité incontestable des stipulations ainsi conçues : *spondes mihi illam rem habere licere? spondes dolum malum abesse et abfuturum?* De telles stipulations s'interprètent en ce sens que le promettant s'engage pour lui-même, et par voie de conséquence pour ses héritiers, à me procurer la paisible possession d'une chose déterminée ou à ne pas commettre de dol. Mais qu'un tiers vienne troubler ma jouissance ou commettre un dol, aucune responsabilité ne pèsera sur le débiteur, parce qu'il n'a ni pu ni voulu promettre le fait d'autrui (L. 38 pr., §§ 2 et 13; L. 83 pr., *De verb. obl.*).

520. Quant à la règle *Nemo alteri stipulari potest*, envisagée dans le droit de Justinien et même dans le dernier état du droit classique, la portée en est exactement la même soit qu'il s'agisse d'un contrat de bonne foi ou d'un contrat de stipulation. Elle signifie simplement que le défaut d'intérêt pécuniaire dans la personne de celui qui joue le rôle actif rend le contrat nul (2). Donc aussi, pour en assurer la validité, l'existence d'un tel intérêt suffit. Que telle soit bien la doctrine définitivement admise, qu'en conséquence le stipulant lui-même devienne créancier alors même que la formule littéralement entendue semble vouloir attribuer la créance à un tiers, c'est ce qui va ressortir de plusieurs exemples : 1° soit plusieurs tuteurs testamentaires ou donnés *ex inquisitione*, donc dispensés de fournir au pupille lui-même la caution *rem pupilli salvam fore*. Si l'un d'eux cède l'administration à l'un de ses collègues, comme cela ne le décharge pas de sa responsabilité envers le pupille, il stipulera de son

(1) Par exception, il y a des stipulations qui valent quoique exprimant le fait d'un tiers. Telle est la stipulation *illum sisti* par laquelle je m'engage à obtenir que telle personne se présente à jour fixe devant le magistrat (L. 81 pr., *De verb. obl.*). Telle est aussi la stipulation *ratam rem dominum habiturum* par laquelle celui qui agit en justice comme procureur promet de faire ratifier la sentence par le véritable intéressé (Inst., pr. et § 3, *De satisd.*, IV, 11).

(2) Il n'est donc pas nécessaire d'exprimer dans la stipulation que la créance doit être acquise au stipulant lui-même. Jamais, dit Paul, on n'y sous-entendra le nom d'une *extranea persona* (L. 126 § 2 *in fine*, *De verb. obl.*).

cessionnaire *rem pupilli salvam fore* (n° 151) (1); 2° j'ai donné mandat à Titius de m'acheter un fonds; l'argent lui manque et je n'en ai pas non plus, je stipule de Séius *centum aureos Titio dari;* 3° je suis tenu d'une obligation garantie par hypothèque ou dont l'inexécution doit rendre exigible la promesse d'une peine. L'échéance approche. Menacé, faute d'argent, de voir vendre le bien hypothéqué ou d'encourir le payement de la peine, je stipule de vous *tot dari creditori meo;* 4° j'ai promis à Titius de lui construire une maison, je stipule de vous *te domum Titio œdificaturum* (§ 20 *sup.* — L. 38 § 21, *De verb. obl.*). Dans tous ces cas, et plus généralement, toutes les fois que la stipulation tend à me libérer d'une obligation ou à me garantir contre les risques d'une responsabilité personnelle, j'ai beau faire figurer dans la stipulation le nom d'un tiers; je n'en suis pas moins le véritable intéressé, et par conséquent je deviens créancier (2).

Pour restreindre notre règle dans ses justes limites, il faut la combiner avec les rapports particuliers que les diverses puissances établissent entre les personnes qu'elles unissent les unes aux autres. Le chef de famille seul peut avoir un patrimoine, et ceux qui sont en sa puissance à un titre quelconque n'acquièrent que pour lui. Tels sont les

(1) Ceci n'implique pas, comme les Institutes paraissent le dire (L. 20 *sup.*), que le tuteur cédant eût déjà commencé à administrer.

(2) La doctrine que j'expose ne me paraît pas avoir été de tout temps admise. L'enchaînement des textes d'Ulpien sur la matière (L. 38 §§ 20 à 23, *De verb. obl.*) démontre que dans le principe la stipulation était annulée par cela seul qu'elle nommait un tiers comme devant devenir créancier. Et, en effet, le jurisconsulte commence par poser comme douteuse cette question : la stipulation vaut-elle, quoique conçue au nom d'un tiers, par cela seul qu'elle intéresse le stipulant (§ 20)? Puis, s'attachant au premier des exemples que j'indique, il s'autorise de l'opinion de Marcellus, qui sous une forme très hésitante (*posse defendi*) avait penché pour la validité (§ 20). Et enfin, se plaçant dans l'hypothèse d'un contrat de bonne foi, il donne pour certain (*constat*) que l'entrepreneur qui s'est chargé de faire un ouvrage pour Titius peut lui-même, par une nouvelle *locatio operis faciendi,* traiter avec un tiers qui se chargera de l'exécution (§ 21) ; et de cette décision certaine, Ulpien conclut à la possibilité de stipuler *procuratori suo* ou *creditori suo* (§ 23). Visiblement donc, il étend au contrat de stipulation une doctrine qui n'avait d'abord été reçue que pour les contrats de bonne foi. Au surplus, dans les contrats de cette sorte, on va plus loin encore. Ainsi, vous vendant mon fonds, je le déclare grevé d'une servitude envers Titius. Or, par hypothèse, il n'en est rien: la servitude est bien due, mais non pas constituée. Cela suffit néanmoins pour que je puisse par l'action *venditi* vous contraindre à l'établir (L. 6 § 3, *Comm. prœd.*, VIII, 4). Assurément si cette déclaration eût été insérée dans une promesse verbale et non pas dans une vente, elle ne me permettrait pas d'agir *ex stipulatu* pour exiger de vous la constitution de la servitude. Car une telle obligation ne ressortirait pas des *verba.*

principes, et de là les trois décisions suivantes : 1° un fils de famille et un esclave peuvent stipuler expressément pour leur père ou leur maître (§ 1 *sup.*). Quoi de plus naturel, puisque la stipulation que de telles personnes auraient faite pour elles-mêmes ou sans désigner celui qui doit en profiter serait toujours acquise au père ou au maître (L. 45 pr. et § 1, *De verb. obl.*) ? 2° une personne *alieni juris* peut stipuler expressément pour une autre personne soumise à la même puissance. Ainsi, qu'un fils de famille stipnle pour son frère ou pour un esclave de son père, qu'un esclave stipule pour son coesclave ou pour le fils de son maître, nous aurons même résultat que si la formule de l'interrogation eût été prononcée par celui-là même dont le nom y figure (§ 1 *sup.*); 3° le père et le maître peuvent stipuler expressément pour leur fils ou leur esclave. La désignation de ces derniers est alors tenue pour inutile (1), ou, ce qui est exactement identique, les choses se passent comme si le fils ou l'esclave eussent eux-mêmes stipulé (§ 4 *sup.* — L. 39, *De verb. obl.*) (2). Tout cela revient à dire qu'en tant qu'il s'agit d'acquérir un droit de créance, il y a unité de personne entre tous ceux que rattache ensemble le lien d'une puissance actuellement existante, et c'est ce que les Institutes expriment avec énergie par ces formules devenues classiques : *vox filii vox patris, vox patris vox filii* (3). On devait dire avec la même vérité : *vox servi vox domini, vox domini vox servi* (Inst., § 13, *De inut. stip.*).

En résumé donc, si l'on veut avoir la signification claire et complète de la règle *Nemo alteri stipulari potest*, on peut la traduire en ces termes : l'intention exprimée de faire naître la créance en la personne d'un *extraneus* (4) rend le contrat nul, à moins que sous l'intérêt apparent de cet *extraneus* ne se cache l'intérêt réel du stipulant.

(1) Cela est tellement absolu, que le fils ou l'esclave du stipulant n'ont même pas qualité pour recevoir le payement (L. 56 § 3, *De verb. obl.*).

(2) Une personne *alieni juris* stipule valablement un fait pour le chef de famille, par exemple *ut ire patri liceat*, tandis qu'on tient pour nulle une pareille stipulation faite par le chef de famille pour celui qui est en sa puissance (L. 130, *De verb. obl.*). Toutefois cette nullité suppose, selon moi, que le fait ainsi stipulé n'intéresse pas le père de famille. On voit, par ce détail en lui-même assez indifférent, qu'il ne faudrait pas établir une assimilation absolue entre le cas d'une personne *alieni juris* stipulant pour le *paterfamilias* et celui du *paterfamilias* stipulant pour celui qu'il a en sa puissance.

(3) Ces formules reçurent une application absolue tant que le fils de famille n'eut pas de biens personnels. Le jour où il put être propriétaire, leur portée fut considérablement restreinte : c'est à quoi les Institutes font allusion (§ 1 *sup.*, *in fine;* § 4 *sup.*, *in fine*), et c'est ce que j'expliquerai plus loin (n° 688).

(4) J'ai déjà fait connaître le sens précis de ce mot (n°s 294 et 300).

521. De cette règle les Institutes (§ 4 *sup.*) déduisent que la stipulation ainsi formulée *spondes decem mihi et Seio*, valable en tant qu'elle me concerne moi-même, est nulle en tant qu'elle concerne Séius, donc en résultat ne vaut que pour moitié (1). Telle était autrefois la doctrine de l'école Proculienne ; mais les Sabiniens, considérant la désignation de Séius comme inutile et non avenue, tenaient la stipulation pour entièrement valable et la faisaient acquérir pour le tout au stipulant (Gaius, III, § 103) (2). Leur opinion n'était pas aussi rigoureusement logique que celle des Proculiens; mais dans certains cas peut-être était-elle de nature à donner plus pleine satisfaction à la volonté des parties. Supposons, par exemple, qu'associé avec Séius, je stipule vingt sous d'or pour lui et pour moi, et cela en vue de faire face aux frais d'une opération qui intéresse la société. Si, comme le voulaient les Proculiens et comme le décide Justinien, je ne puis demander que dix, l'opération risque de manquer. Aussi peut-on dire qu'en cette hypothèse et autres pareilles mieux eût valu annuler le contrat pour le tout que le consacrer partiellement. Cette observation est si vraie que, dans les contrats de bonne foi, où la volonté des parties est toujours souveraine, la controverse ne se posait plus dans les mêmes termes. Supposez, par exemple, que j'eusse acheté un fonds pour Titius et pour moi : la question ne se bornait pas à savoir s'il fallait valider la vente pour le tout ou seulement pour moitié, on se demandait si elle ne devait pas être absolument nulle. Entre ces trois opinions, Justinien paraît bien consacrer la première, puisqu'il reproduit au Digeste un texte du Sabinien Javolénus où elle est très formellement exprimée (L. 64, *De contr. empt.*, XVIII) (3). Mais, dira-t-on, n'est-il pas contradictoire d'annuler pour moitié la stipulation *mihi et Seio* et de

(1) La stipulation *mihi et Seio* ne doit pas être confondue avec la stipulation *mihi aut Seio*. Celle-ci est valable pour le tout, parce qu'il est possible de donner un sens à la désignation de Séius sans être obligé d'admettre que le stipulant ait voulu le rendre créancier (n° 546).

(2) Les Sabiniens n'étaient peut-être pas unanimes en ce sens. Nous trouvons, en effet, l'opinion Proculienne dans un texte de Pomponius qui ne paraît pas avoir été retouché par Justinien (L. 110 pr., *De verb. obl.*).

(3) Un autre texte de Javolénus suppose que, vendant un fonds, je réserve une servitude *mihi et vicino*, c'est-à-dire au profit de deux autres fonds dont un seul m'appartient. Cela étant, dit-il, la mention du voisin sera réputée inutile, mais la servitude sera acquise pour le tout et le sera à moi seul (L. 5, *Comm. præd.*, VIII, 4). Voici comment j'explique cette décision. En réalité, puisque dans ma pensée il devait y avoir deux fonds dominants, j'ai voulu retenir deux servitudes, et sans au-

valider pour le tout l'achat *mihi et Titio* en tenant pour non avenue la mention de Séius ? Je ne le pense pas. Car si la recherche de la volonté des parties est limitée en matière de stipulation par le respect dû aux *verba*, dans les contrats de bonne foi la liberté de l'interprétation n'est plus enchaînée par aucun scrupule de ce genre.

522 *a*. La règle *Nemo alienum factum promittere potest* ne comporte à ma connaissance aucune exception. Au contraire, la règle *Nemo alteri stipulari potest* en reçoit un certain nombre. Pour s'en rendre compte, il faut avoir bien présente à l'esprit la double signification de cette règle ; il faut se rappeler que, stipulant pour un tiers, je ne fais naître aucune créance ni pour lui ni pour moi. Cela même nous avertit que deux sortes d'exceptions peuvent se rencontrer.

Voici d'abord un certain nombre de cas où un tiers devient créancier par mon fait : 1° je prête de l'argent. Que cet argent soit le mien ou le vôtre, je puis, par un pacte adjoint à la numération, imposer à l'emprunteur de s'acquitter entre vos mains, et cela suffit pour vous rendre créancier même à votre insu (L. 126 § 2, *De verb. obl.* — L. 2 § 4, *De reb. cred.*, XII, 1) (1). Cette exception, la plus remarquable de toutes, fut consacrée, c'est Ulpien qui nous l'atteste (L. 9 § 8, *De reb. cred.*), par un motif d'utilité pratique tiré de ce que, voulant prêter, nous recourons volontiers à l'intermédiaire d'une tierce personne. Mais il est facile de voir que la portée de ce motif fut dépassée, puisque le tiers au nom duquel nous prêtons devient créancier alors même qu'il ne nous a pas donné d'ordre et qu'il ignore tout (2) ; 2° on sait déjà que, dans le dernier développement du droit, l'exécution des charges imposées à un donataire au profit d'un tiers peut être exigée directement par celui-ci (n° 306) ; 3° un père

cun doute je n'ai pas entendu que chacune de ces servitudes fût acquise indivisément au voisin et à moi ; car cela n'est pas possible (T. II, p. 249, note 1). Donc une servitude entière pour mon fonds, et une autre également entière pour le fonds du voisin, voilà ce que je me suis proposé d'obtenir. Or j'ai pu acquérir l'une et non pas l'autre. Il n'en est donc dû qu'une seule. Il me semble que le Proculien le plus orthodoxe eût souscrit à la décision de Javolénus ; et c'est à tort, selon moi, qu'on a pu la considérer comme exclusivement déduite de la doctrine Sabinienne.

(1) Bien qu'en pareil cas j'acquière la *condictio* à un tiers, je ne puis pas, en me faisant constituer un gage ou une hypothèque, lui acquérir l'action quasi-Servienne. Telle fut du moins la doctrine admise jusqu'à Justinien (L. 11 § 6, *De pign. act.*, XIII, 7. — L. 2, C., *Per quas pers.*, IV, 27).

(2) Il est vrai qu'alors le tiers peut *reprobare nomen*, c'est-à-dire laisser de côté l'action que j'ai prétendu lui acquérir pour s'en tenir à celle qu'il peut avoir contre moi (L. 2, C., *Si cert. pet.*, IV, 2).

qui dote sa fille stipule que, pour le cas où elle viendrait à mourir *in matrimonio*, la dot sera restituée à lui-même, s'il vit encore, sinon à son fils. Le père étant prédécédé, et sa fille mourant ensuite, le fils, même exhérédé ou qui concourt avec d'autres héritiers, exigera la dot, l'exigera seul et tout entière (L. 9, *De pact. dot.*, XXIII, 4); 4° un aïeul maternel, dotant une petite-fille qui est *in potestate patria*, stipule que, si elle divorce sans sa faute, la dot sera restituée à elle ou à lui. Le divorce survenant après la mort de l'aïeul, ce n'est pas à ses héritiers, mais bien à sa petite-fille, qu'appartiendra l'action *ex stipulatu* (L. 45, *Sol. matr.*, XXIV, 3). Ces deux dernières exceptions ont été déterminées par l'affection qui unit le stipulant au tiers pour lequel il stipule; 5° enfin, lorsque je vous remets à titre de dépôt ou de commodat une chose qui ne m'appartient pas, je puis acquérir les actions *depositi* ou *commodati* au propriétaire lui-même; il suffit pour cela d'une convention faite au moment même de la remise et portant que vous restituerez entre ses mains (L. 8, C., *Ad exhib.*, III, 42).

Dans toutes ces hypothèses l'action acquise au tiers n'est qu'une action utile, parce qu'elle est donnée en dehors des principes. Dans toutes aussi, on remarquera que la chose ou la valeur due est prise soit sur le patrimoine du stipulant, soit sur le patrimoine de celui pour lequel il stipule, de telle sorte que l'obligation ne doit pas appauvrir le promettant. Mais est-ce là une raison suffisante pour poser en règle générale que nous pouvons acquérir une créance à un tiers toutes les fois qu'en définitive cela ne doit rien coûter au débiteur? Ce qui prouve péremptoirement qu'une telle généralisation serait fausse, c'est que prêtant votre argent ou le mien je ne puis pas le stipuler en votre nom (L. 9 § 4, *De reb. cred.* — L. 126 § 2, *De verb. obl.*), et pourtant une promesse verbale n'aurait rien de plus onéreux pour le débiteur que l'opération qu'il contracte par un simple *mutuum* fait en votre nom. Cette observation, au surplus, ne tend pas à faire croire que j'aie prétendu énumérer limitativement toutes les exceptions possibles; elle signifie simplement qu'on ne saurait sans imprudence tenter de les ramener à un principe unique (1).

Le second ordre d'exceptions comprend des cas où j'acquiers une

(1) On sait déjà (nº 145) que les actions nées en la personne du tuteur se déplacent du moment où il est dessaisi et se donnent désormais au pupille lui-même ou contre le pupille. Mêmes décisions pour celles qui ont pris naissance en la personne du curateur. Pareillement, on verra (nºs 636 et 637) que dans le dernier état du droit

action pour moi-même sans y avoir aucun intérêt personnel appréciable en argent. Ce résultat ne se présente jamais qu'à l'occasion d'un contrat de bonne foi. C'est une règle, nous dit Papinien, admise par les meilleurs jurisconsultes, que de tels contrats autorisent le juge à tenir compte d'un simple intérêt d'affection (L. 54, *mand.*, XVII, 1). Qu'est-ce à dire? que je puisse faire un contrat de bonne foi exclusivement dans l'intérêt d'un tiers? évidemment non. Un tel intérêt ne sera jamais sanctionné pour lui-même, il n'entrera dans le contrat qu'à titre d'accessoire. Mais, cette restriction posée, sera-t-il toujours et nécessairement pris en considération? Une telle doctrine ferait des contrats de bonne foi une source intarissable de chicanes. J'estime donc que tout au moins cet intérêt d'affection doit ressortir assez clairement de la nature et du but de l'opération pour n'avoir pu échapper à la personne avec qui j'ai contracté, et que, même cette condition étant remplie, ce n'est encore que dans des cas très rares et tout à fait exceptionnels qu'il y aura lieu de le consacrer. Voici parmi ces cas les plus connus : 1° l'acheteur d'un immeuble le constitue en dot à sa fille émancipée. L'immeuble étant évincé entre les mains du mari, on se demande si le constituant peut immédiatement agir en garantie contre son vendeur. Pourquoi cette question? parce que, ne pouvant avoir droit à la restitution de la dot qu'autant qu'il survivra à sa fille morte en mariage, il est actuellement et sera peut-être toujours sans intérêt pécuniaire. Malgré cela, Paul lui permet d'exercer l'action en garantie, par cette raison qu'un père tient à ce que sa fille ne demeure pas sans dot (L. 71, *De evict.*, XXI, 2); 2° mon esclave donne mandat à un tiers de l'acheter pour l'affranchir. Bien que par lui-même un tel mandat soit nul, la vente qui en est la conséquence lui imprime une certaine force, et je puis agir contre l'acheteur pour obtenir l'affranchissement (L. 54, *Mand.*, XVII, 1) (1); 3° j'ai vendu un esclave avec cette clause que l'acheteur ne le dépayserait pas ; l'action *venditi* me sera donnée pour assurer l'exécution de cette convention (L. 7, *De serv. export.*, XVIII, 7).

le mandant peut poursuivre et être poursuivi à raison des actes de son mandataire. Sont-ce là de véritables exceptions aux principes qui nous empêchent d'obliger un tiers ou de le rendre créancier? Non, car de telles exceptions supposent une obligation qui a toujours et exclusivement résidé sur la tête du tiers.

(1) Puis-je dans l'espèce obtenir à la fois et l'affranchissement de l'esclave et le prix de vente? Telle paraît être la doctrine de Papinien dans le texte cité. Mais d'après une constitution de Dioclétien je dois choisir entre ces deux partis (L. unic., C., *Si serv. exter.*, etc., IV, 36).

523. Les deux règles qui viennent d'être expliquées nous empêchent-elles de promettre ou de stipuler pour nos héritiers, ou, ce qui revient au même, ceux-ci sont-ils des tiers ? La réponse est contenue dans les trois propositions suivantes : 1° toute stipulation ou promesse que nous faisons pour nous-mêmes est réputée faite pour nos héritiers, en ce sens que, non exécutée de notre vivant, elle doit les grever ou leur profiter (n°s 318 et 489) ; 2° par voie de conséquence, promettant ou stipulant pour nous-mêmes, nous pouvons exprimer que la créance ou la dette se transmettra à nos héritiers (L. 38 § 14, *De verb. obl.*). En cela nous ne faisons que manifester l'accord de notre volonté avec celle de la loi ; 3° il nous est interdit de promettre ou de stipuler pour nos héritiers seuls, de telle sorte que l'obligation doive commencer en leur personne sans avoir jamais résidé sur notre propre tête. Car, ainsi envisagés, ils ne sont plus nos continuateurs, ils ne sont que des tiers (Gaius, III, § 100). Cette troisième proposition est la seule qui demande quelques développements. Elle signifie d'abord, et en cela elle n'a rien que de très raisonnable, que toute obligation est nulle, lorsqu'il est bien prouvé que les parties ont entendu ne la faire naître qu'après la mort de l'une d'elles. Mais en matière de stipulation elle présente une signification plus rigoureuse : soit, en effet, une stipulation ainsi formulée *heredi meo dare spondes ?* ou *heredem tuum daturum spondes ?* La nécessité de s'attacher strictement aux *verba* faisait annuler un tel contrat ; et il en était de même lorsque, sans nommer les héritiers, la formule littéralement interprétée impliquait que la créance ou la dette ne devait prendre naissance qu'en leur personne, par exemple lorsqu'on stipulait ainsi : *post mortem tuam* ou *meam dare spondes ? pridie quam moriar* ou *quam moriaris dare spondes ?* (Gaius, III, § 100). Tel fut le droit jusqu'à Justinien. Ce prince admit la validité de telles stipulations, présumant chez les parties l'intention de reculer jusqu'au décès de l'une d'elles la seule exigibilité du droit et non pas sa naissance (L. unic., C., *Ut ab her. et contr. her.*, IV, 11). Mais je ne pense pas qu'il ait entendu nier l'exactitude théorique du principe lui-même, et admettre qu'on pût désormais stipuler ou promettre pour ses héritiers sans faire naître le droit et l'obligation en sa propre personne.

Reste à voir si, promettant ou stipulant pour nous-mêmes, nous pouvons valablement exprimer dans le contrat que l'obligation ou la créance passera sur la tête de l'un de nos héritiers à l'exclusion des

autres. Or, évidemment, nos héritiers ne nous représentent, ou, si l'on veut, ne continuent notre personne que dans la mesure de leurs parts héréditaires respectives. Donc, nonobstant toute clause contraire, l'obligation se transmet à tous de plein droit dans la même mesure. Au point de vue passif cela est absolu (L. 56 § 1, *De verb. obl.*). Au point de vue actif une exception est admise à l'égard des obligations de faire : elles peuvent être stipulées transmissibles à un seul de nos héritiers, et cela, je pense, parce que le fait lui-même peut être de nature à ne profiter qu'à lui seul (L. 137 § 8, *De verb. obl.*). Cette exception mise à part, si nous voulons qu'un de nos héritiers supporte seul une dette, nous devons léguer aux autres leur libération (1) ; et si nous voulons le faire bénéficier seul d'une créance, nous devons lui léguer la part de ses cohéritiers dans cette créance (2).

524. Pour terminer sur nos deux règles, je dois faire remarquer avec les Institutes (§§ 19 et 21 *sup.*) que, si l'on veut, non pas valider les stipulations ou promesses pour autrui, mais leur donner une efficacité indirecte, ou, pour mieux dire, en faire la condition d'une obligation valable, il faut y joindre la stipulation ou la promesse personnelles d'une peine. Prenons un exemple : après avoir répondu à cette question *spondes Titio te domum ædificaturum*, vous répondez à cette nouvelle question *si non ædificaveris, spondes mihi centum aureos?* Sans doute la construction de la maison ne pourra être exigée de

(1) Voir t. I, p. 990, note 1.

(2) L'impossibilité de stipuler exclusivement pour l'un de nos héritiers ne nous empêche pas de recevoir un pacte *de non petendo* qui doive profiter à un seul d'entre eux, pourvu qu'un tel pacte n'aboutisse pas à grever les autres. Par exemple, un aïeul paternel qui a promis une dot au nom de sa petite-fille convient avec le stipulant que la dot ne sera demandée ni à lui-même ni à son fils. Lui mort, le fils devenu héritier opposera l'exception tirée du pacte, mais le cohéritier, s'il y en a un, ne sera pas pour cela tenu au tout. Un tel pacte décharge donc l'un des héritiers sans surcharger les autres. Telle est la décision de Celsus (L. 33, *De pact.*, II, 14). Il est vrai que Paul paraît la contredire (L. 17 § 4, *De pact*). S'il est convenu, dit-il, que le créancier ne demandera rien ni à moi ni à Titius, ou encore ni à moi ni à ma fille, le pacte, en tant qu'il est fait pour un tiers, ne vaut rien, et l'arrivée ultérieure de ce tiers à mon hérédité ne le valide pas. Je concilie les deux textes de la façon suivante : Celsus suppose que j'ai envisagé dans mon fils mon héritier futur; Paul, au contraire, suppose que j'ai eu en vue la personne actuelle de Titius ou de ma fille sans me placer spécialement dans l'hypothèse de leur arrivée à ma succession. Au surplus, la divergence n'est-elle pas plutôt dans les mots que dans les choses ? car, d'après Paul lui-même, le fils qui ne peut opposer l'exception *pacti* opposera l'exception *doli mali*, cela du moins lorsqu'au moment du pacte il était placé sous la puissance paternelle du débiteur (L. 21 § 2, *De pact.*).

vous ni par Titius ni par moi; mais votre négligence me permettra de vous demander cent sous d'or, car je les ai stipulés pour moi-même sous une condition que vous pouviez faire défaillir et que vous avez laissée s'accomplir. Réciproquement, si, après vous avoir fait promettre *Titium mihi domum ædificaturum*, j'ajoute *nisi ædificaverit, spondes mihi centum aureos ?* vous n'êtes pas plus obligé que Titius à me construire une maison ; mais si vous ne vous arrangez pas pour obtenir qu'il la construise, ou pour la construire vous-même, la condition qui tenait en suspens la promesse de cent sous d'or sera accomplie, et comme vous les avez bien promis pour vous-même, vous me les devrez. Tout cela revient à dire que, si l'obligation ne peut avoir pour objet un fait à accomplir par autrui ou pour autrui, un tel fait peut néanmoins former la condition d'une promesse qui doit nous grever nous-mêmes ou nous être acquise à nous-mêmes.

DES MODALITÉS QUI PEUVENT AFFECTER LE CONTRAT DE STIPULATION.

525. La stipulation, telle que nous l'avons étudiée jusqu'à présent, nous apparaît réduite à sa plus grande simplicité, c'est-à-dire ne contenant aucun élément qui ne soit tout à fait essentiel à son existence; et c'est pourquoi on l'appelle *pura* (1) par opposition à la stipulation contractée sous une modalité. Les modalités sont des manières d'être spéciales et exceptionnelles. Elles affectent l'obligation dans son existence, dans son objet, ou dans son exécution. Un texte célèbre de Paul (L. 44 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7) les appelle *causæ obligationum* et en énumère quatre, savoir : le terme (*dies*), la condition (*conditio*), l'alternative (*modus*), et l'*accessio* ou *adjectio solutionis gratia*, qui n'a pas de nom dans notre langue. La condition affecte l'existence même de l'obligation; l'alternative a trait à l'objet, le terme et l'*accessio* à l'exécution. Du reste, aucune de ces modalités n'est spéciale à la stipulation; on les rencontre également dans les autres contrats et dans les legs. L'importance du terme et de la condition dépasse de beaucoupcelle des deux autres modalités. Aussi, tandis que les Institutes leur accordent une assez large place, elles ne mentionnent qu'incidemment l'alternative (§ 33, *De act.*, IV, 6) et l'*accessio* (§ 4, *De inut. stip.*, III, 19).

(1) Sur le sens général du mot *purus*, voir t. I, p. 451, note 1.

DU TERME

SOMMAIRE : I. Du terme proprement dit ou terme suspensif. — II. Du terme extinctif.

I. — DU TERME PROPREMENT DIT OU TERME SUSPENSIF.

Lib III, tit, xv, *De verborum obligatione*, § 2. — Omnis obligatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit : pure, veluti : *Quinque aureos dari spondes?* Idque confestim peti potest; in diem, quum adjecto die quo pecunia solvatur stipulatio fit, veluti : *Decem aureos primis calendis martiis dare spondes?* Id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti, priusquam dies venerit, non potest. Ac ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest, quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet; neque enim certum est eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam is præterierit.

Toute obligation est contractée purement et simplement, ou à terme, ou sous condition : purement, comme celle-ci : *Promettez-vous de me donner cinq sous d'or?* Ici la demande peut être intentée tout de suite; à terme, lorsque la stipulation indique le jour où la somme doit être payée, par exemple : *Promettez-vous de me donner dix sous d'or aux prochaines calendes de Mars ?* Ce que nous stipulons à terme est dû immédiatement, mais ne peut être demandé qu'après l'arrivée du terme. La demande n'est même pas permise dans le jour pour lequel la stipulation a été faite, car ce jour tout entier doit être laissé au débiteur; en effet, pour être sûr que la promesse ne sera pas exécutée au jour marqué, il faut attendre l'expiration de ce jour.

§ 5. — Loca etiam inseri stipulationi solent, veluti : *Carthagine dare spondes ?* Quæ stipulatio, licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet tempus injectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam; et ideo, si quis Romæ ita stipuletur : *Hodie Carthagine dare spondes?* Inutilis erit stipulatio, quum impossibilis sit repromissio.

On a également l'habitude dans les stipulations de désigner un lieu, par exemple : *Promettez-vous de me donner à Carthage?* Cette stipulation, bien que pure et simple en apparence, contient par la force des choses le délai nécessaire au promettant pour donner l'argent à Carthage, et en conséquence celui qui, étant à Rome, stipule ainsi : *Promettez-vous de me donner aujourd'hui à Carthage?* fait une stipulation inutile, parce que la promesse ne peut pas être exécutée.

Lib. III, tit. XIX, *De inutilibus stipulationibus*, § 13. — Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post mortem ejus a quo stipulabatur; ac nec is qui in alicujus potestate est, post mortem ejus stipulari poterat, quia patris vel domini voce loqui videtur. Sed et si quis ita stipuletur : *Pridie quam moriar*, vel *pridie quam morieris, dabis ?* inutilis erat stipulatio. Sed quum, ut jam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem, sive pridie quam morietur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio.

§ 15. — Ita autem concepta stipulatio, veluti si Titius dicat : *Quum moriar dare spondes ?* vel *Quum morieris?* et apud veteres utilis erat, et nunc valet.

§ 16. — Item post mortem alterius recte stipulamur.

§ 26. — Qui hoc anno aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, non recte petet.

§ 27. — Si fundum dari stipuleris vel hominem, non poteris continuo agere, nisi tantum spatium præterierit, quo traditio fieri possit.

Autrefois aucune stipulation ne pouvait être faite pour l'époque qui suivrait ou la mort du stipulant ou celle du promettant; et une personne *alieni juris* ne pouvait pas non plus stipuler pour l'époque qui suivrait la mort de celui qui est investi de la puissance, parce qu'elle est réputée emprunter la voix du père ou du maître. Bien mieux, la stipulation ainsi faite : *Me donnerez-vous la veille de ma mort ou la veille de votre mort?* était nulle. Mais comme les stipulations, nous l'avons déjà dit, tirent leur force du consentement des parties, nous avons sur ce point de droit introduit une réforme nécessaire, en décidant que, faite pour le moment qui doit suivre la mort du stipulant ou du promettant, ou pour la veille de leur mort, la stipulation vaudra.

Quant à la stipulation par laquelle Titius s'exprimerait ainsi : *Me promettez-vous pour le moment de ma mort* ou *pour le moment de votre mort?* elle était déjà valable chez les anciens, et elle l'est encore aujourd'hui.

De même nous stipulons valablement pour l'époque qui suivra la mort d'un tiers.

Celui qui a stipulé qu'on lui donnera en telle année ou en tel mois, ne peut former une demande valable qu'après l'entière expiration de l'année ou du mois.

Si vous stipulez qu'on vous donnera un fonds ou un esclave, vous ne pourrez pas agir tout de suite, mais seulement après avoir attendu un temps assez long pour que la chose ait pu être livrée.

526. Le terme se présente à nous sous deux aspects très différents : certaines obligations sont contractées *ex die* ou *sub die*, d'autres sont contractées *ad diem*. Les unes et les autres prennent naissance dès la formation du contrat, c'est-à-dire qu'elles comptent immédiatement dans l'actif du créancier comme dans le passif du débiteur. Mais il y a pour les premières une époque avant laquelle elles ne sont pas exigibles, pour les secondes une époque à partir de laquelle elles doivent cesser d'exister. Le terme de la première espèce est dit terme suspensif ou *dies a quo ;* le terme de la seconde espèce est appelé terme extinctif ou *dies ad quem*. C'est toujours au terme suspensif qu'on se réfère quand on parle sans plus de précision d'une obligation à terme. C'est aussi celui dont je vais m'occuper en premier lieu.

Prenant l'exemple donné aux Institutes (§ 2 *sup.*) *decem aureos primis calendis martiis dare spondes?* je me demande en quoi cette obligation diffère d'une obligation pure et simple, ou, ce qui est même chose, quel est l'effet du terme. Si l'obligation était pure et simple l'action pourrait être exercée le jour même (§ 2 *sup.*), ce que l'on exprime sous une autre forme quand on dit *dies statim venit* (n° 381) (1). Au contraire, l'obligation étant à terme, la poursuite n'est pas immédiatement autorisée : elle est reculée, non pas au jour même de l'échéance, mais bien au lendemain ; dans notre espèce donc, le créancier n'agira régulièrement qu'après la pleine expiration du premier jour de mars (§ 2 *sup.* — L. 186, *De reg. jur.*, L, 17) (2). Cela revient à dire que le jour de l'échéance appartient tout entier au débiteur, ce que les interprètes ont ainsi formulé : *dies termini computatur in termino* (3). Par analogie, mais non toutefois sans controverse, on décida que si le terme comprenait, au lieu d'un jour unique, une année, un mois ou toute autre période de temps, le créancier ne serait pas recevable à agir dès le premier jour du terme, mais seulement après l'expiration du dernier (L. 138 pr., *De verb. obl.* — § 26 *sup.*). Ces principes, très logiquement déduits des règles d'interpréta-

(1) Il est donc superflu d'exprimer que l'obligation doit échoir *in præsens* ou *hodie;* car une telle clause n'a d'autre but que d'exclure le terme, et le terme ne se présume pas (L. 118 § 1, *De verb. obl.* — *De leg.* 1°, XXX).

(2) En supposant que le terme affecte la constitution d'un droit réel, son effet est plus profond : il retarde la naissance et non pas seulement l'exigibilité du droit.

(3) Tant que le jour du terme n'est pas écoulé, disent les Institutes (§ 2 *sup.*), nul ne peut affirmer que l'obligation ne sera pas exécutée à temps. Cela est vrai quand on raisonne exclusivement sur une dette d'argent ou sur toute autre obligation de donner. Mais la décision serait la même si la promesse avait pour objet un fait à accomplir et que ce fait demandât un certain temps. Ainsi j'ai promis de vous construire

tion que j'ai exposées (n° 499), méritent d'autant plus d'être notés qu'une poursuite prématurée n'est pas seulement condamnée à l'insuccès; elle entraîne, ce qui est plus grave, impossibilité de renouveler l'action après l'échéance, car le même droit ne peut pas être porté deux fois en justice; en d'autres termes, et pour employer un langage essentiellement romain, c'est commettre une *plus petitio* que d'agir avant l'échéance déterminée par le contrat (1).

Jusqu'à présent j'ai supposé que le terme résulte d'une volonté exprimée par les parties contractantes, que l'époque précise de son arrivée est connue d'avance, et qu'il a été inséré dans l'intérêt du débiteur. Or, sans doute, ce sont là trois circonstances ordinaires, mais aucune n'est essentielle : le terme peut être tacite, il peut être incertain, il peut enfin être inséré dans l'intérêt du créancier.

527. *Du terme tacite.* — On appelle ainsi un terme qui s'impose par la force des choses (*re ipsa*) et qu'on est obligé de sous-entendre pour ne pas imputer un non-sens aux parties. C'est assez dire qu'au moins en matière de stipulation ce terme ne saurait s'induire de toutes circonstances propres à dénoter l'intention des parties : il faut qu'à raison même de son objet l'obligation ne se prête pas à une exécution immédiate. Aller plus loin, ce serait excéder le contenu des *verba*. Le terme tacite sera donc rare (L. 126 § 2 *in fine*, *De verb. obl.*) (2). En voici des exemples : 1° je promets de construire une maison ou plus généralement d'exécuter un travail considéré comme un tout : un certain temps m'est nécessaire pour l'achever et même pour le commencer (L. 73 pr., *De verb. obl.*); 2° pareillement j'ai promis des *operæ*, le créancier ne pourra agir que pour les *operæ præteritæ*, c'est à-dire pour les travaux et services que j'ai déjà eu le temps de lui fournir (L. 24, *De op. lib.*, XXXVIII, 1) (3); 3° je suis à Rome, et je

une maison pour le premier janvier prochain. Supposons que le trente-un décembre la première pierre ne soit pas encore posée. Il est bien certain dès à présent que je ne serai pas en mesure de m'acquitter le premier janvier, et néanmoins vous ne pourrez pas me poursuivre avant le deux. Sous une forme plus générale, il n'y a pas déchéance du terme, par cela seul qu'on a dès à présent la certitude acquise que le terme s'écoulera sans exécution (L. 122, *De verb. obl.*).

(1) Ceci ne serait pas vrai du terme accordé après coup. En droit civil, un tel terme ne modifie pas l'obligation. Aussi n'est-il sanctionné que par une exception (Gaius, IV, § 122)

(2) Mais il ne faut pas dire avec la loi 14, *De reg. jur.* (L, 17), qu'à défaut de terme exprimé l'obligation est toujours immédiatement exigible.

(3) Le texte cité fait remarquer que, lorsqu'il s'agit des *operæ liberti*, la créance non seulement n'est pas immédiatement exigible, mais n'existe (*operæ cedunt*)

promets de donner une somme à Carthage ou à Ephèse. Le créancier doit me laisser le délai raisonnablement nécessaire pour faire transporter de l'argent à Carthage ou à Éphèse, ou pour m'entendre avec un correspondant qui le comptera en mon nom (§ 5 *sup.* — L. 137 2, *De verb. obl.*); 4° je promets un immeuble situé à une certaine distance. Une tradition immédiate ne se conçoit pas, puisque je ne puis pas le mettre à la disposition physique du stipulant (27 *sup.*) (1). Dans toutes ces hypothèses, le terme est tellement inhérent à l'obligation, que, si les parties le suppriment expressément, si par exemple je stipule que vous me ferez aujourd'hui même *centum operas pictorias*, ou étant à Rome, que vous me donnerez immédiatement cent sous d'or à Carthage, l'obligation ne se forme pas (L. 24, *De op. lib.*, XXXVIII, 1. — L. 2 § 6, *De eo quod cert. loc.*, XIII, 4. — § 5 *sup.*) (2).

Quel est, en cas de terme tacite, le moment précis où le créancier peut agir sans danger ? En droit, nulle difficulté dans les deux dernières hypothèses citées, ni plus généralement toutes les fois que la prestation due est de nature à être exécutée en un seul trait de temps. Il suffira toujours d'examiner en fait si le débiteur a eu le temps et les moyens de s'acquitter. Mais lorsqu'il s'agit d'un fait qui, comme la construction d'une maison, exige une série de travaux et par conséquent implique une certaine durée, on se demande si le créancier agit va-

qu'après que le patron a commandé les *operæ* (*indixit*). Cela revient à dire que jusqu'à ce moment il n'y a qu'une créance conditionnelle.

(1) Du temps des jurisconsultes il est évident que ceci ne s'appliquait pas aux immeubles italiques, puisqu'ils pouvaient être mancipés sans que les parties fussent sur les lieux (n° 322). Au surplus, le texte cité des Institutes assimile la promesse de donner un esclave à celle de donner un immeuble, en ce sens que l'absence de l'esclave impliquerait terme tacite pour le débiteur. Or sur ce point nous avons un texte tout à fait contraire. Vénuléius (L. 137 § 4, *De verb. obl.*) décide que, si je promets à Rome un esclave qui se trouve à Éphèse, les choses se passent comme si j'eusse promis de l'argent sans en avoir, c'est-à-dire que je puis être poursuivi tout de suite. Et en effet, quand je promets un esclave que je n'ai pas sous la main, je suis en faute : si l'exécution immédiate est impossible, cela ne tient qu'à moi, et non pas à un obstacle naturellement invincible, comme lorsque je promets un immeuble, chose qu'on ne déplace pas. La doctrine de Vénuléius peut donc, en principe, paraître meilleure que celle de Justinien : celle-ci toutefois se comprend fort bien, lorsque l'esclave promis est captif ou que son éloignement tient à une prohibition légale ou conventionnelle qui l'empêche de résider à l'endroit où la promesse est faite.

(2) Par exception, d'après quelques jurisconsultes la promesse faite à Rome en ces termes : *hodie Carthagine dare spondes ?* pouvait être valable : il suffisait pour cela que chaque partie eût un correspondant à Carthage et lui eût d'avance donné ses ordres (L. 141 § 4, *De verb. obl.*).

lablement dès que l'exécution a pu être commencée ou s'il doit attendre qu'elle ait pu être achevée. La première opinion eut ses partisans (L, 72 § 2 ; L. 137 § 3 *De verb. obl.*); mais la seconde en eut peut-être un plus grand nombre (LL. 14, 73 pr., 98 § 1, *De verb. obl.*), et à coup sûr elle le méritait, non qu'elle fût plus logique en elle-même, mais elle était plus douce et s'accordait mieux avec la règle consacrée pour le cas d'un terme exprès.

528. *Du terme incertain*. — On entend par là un terme dont il est impossible de mesurer dès à présent la durée. Théoriquement, il est soumis aux mêmes règles que le terme certain (1). Mais en pratique il est d'un usage beaucoup plus rare, parce qu'en général on n'aime pas à suivre la foi d'autrui pour un temps indéterminé : on veut savoir à quelle époque on pourra réaliser son droit. Cependant les Institutes nous fournissent plusieurs exemples de terme incertain. L'obligation, en effet, peut être stipulée exigible : 1° *post mortem tuam;* 2° *post mortem meam;* 3° *pridie quam morieris* ; 4° *pridie quam moriar* (§ 13 *sup.*); 5° *quum morieris* (2); 6° *quum moriar* (§ 15 *sup.*) 7° *post mortem alterius* (§ 16 *sup.*) (3). J'ai déjà dit (n° 523) que dans le droit classique les quatre premiers de ces sept termes entraînaient nullité de l'obligation. Les stipulations *post mortem meam* ou *tuam*, ne pouvant jamais donner action qu'aux héritiers ou contre les héritiers, avaient paru heurter la règle qui prohibe toute stipulation ou promesse pour autrui; et les stipulations *pridie quam moriar* ou *quam morieris* aboutissaient au même résultat, parce que la veille de

(1) Je rappelle que dans les testaments il n'y a pas de terme incertain, ou, si l'on aime mieux, la modalité qui se présente sous cette forme y est traitée comme condition (n°s 324 et 384).

(2) Le terme *quum morieris* est toujours implicitement compris dans la promesse de restitution que l'usufruitier proprement dit fait au nu propriétaire, et il est formellement exprimé dans celle du quasi-usufruitier (L. 1 pr, ; L, 7 § 1, *Usuf. quem. av.*, VII, 9).

(3) Il est possible que l'apposition de l'un de ces trois derniers termes aboutisse à rendre l'obligation nulle. Des exemples vont mettre ma pensée en lumière. La stipulation *quum morieris* est nulle : 1° lorsqu'elle a pour objet une dot promise par la femme elle-même. Car il serait ridicule que la dot, destinée à subvenir aux charges du mariage, ne devînt exigible qu'au moment où ces charges cessent (LL. 20 et 76, *De jur. dot.*, XXIII, 3) ; 2° lorsqu'il s'agit d'un fait à accomplir par le promettant lui-même, par exemple : *quum morieris, Alexandriam venire spondes* (L. 46 § 1, *De verb. obl.*). On peut dire qu'en pareil cas la stipulation a pour objet un fait impossible. Mais l'ancien droit ne s'en tenait pas là : il annulait d'une manière générale l'obligation de faire contractée pour l'époque de la mort du promettant. Justinien fit disparaître cette exagération (L. 15, C., *De contr. et comm. stip.*, VIII, 38). — Quant à la stipulation *quum moriar*, elle est

la mort ne peut être connue qu'après la mort. Cela étant, n'y avait-il pas quelque contradiction à valider les stipulations *quum moriar* et *quum morieris ?* Car c'est puérilité pure que d'alléguer avec quelques interprètes qu'on vit encore au moment où l'on meurt. A mes yeux la distinction faite par les Romains ne saurait se justifier. Tout au plus essayerai-je de l'expliquer en disant que, frappés de l'extrême utilité qu'il y a en certains cas à ne placer l'exigibilité du droit qu'après le décès de l'un des contractants, ils craignirent néanmoins que l'action ne parût naître en la personne des héritiers. Dès lors ils voulurent que l'intention contraire se révélât dans les expressions mêmes de la formule, et c'est par une sorte de transaction entre leur formalisme et leur bon sens pratique qu'ils consacrèrent les stipulations *quum moriar* et *quum morieris* (1). Mais dans la réalité, en défendant de stipuler soit *post mortem meam* ou *tuam*, soit *pridie quam moriar* ou *morieris*, ils commettaient une véritable confusion entre le droit qui n'existe pas et le droit qui n'est pas exigible. Justinien eut donc bien raison de valider de telles stipulations (L. 11, C., *De contr. et comm. stip.*, VIII, 38).

529. *Du terme inséré en faveur du créancier.* — En règle générale on présume que le terme est dans l'intérêt du débiteur (L. 14 § 1, *De verb. obl.* — L. 17, *De reg. jur.*, L, 27). Mais tout naturellement, cette présomption fléchit devant une volonté contraire exprimée ou non. Ainsi le dépôt se résolvant en une pure charge pour le dépositaire, le terme s'interprétera toujours en faveur du créancier (L. 1 § 22,

nulle : 1° lorsqu'elle a pour objet un droit d'usufruit ou une autre servitude personnelle. Car, la stipulation fût-elle pure et simple, la créance s'éteindrait ici par la mort du stipulant (L. 5, *De us. et usuf. et red.*, XXXIII, 2. — n° 276) ; 2° lorsqu'elle a pour objet une dot, et ici je ne distinguerai pas si la promesse est faite par la femme ou par un tiers. Dans l'un et l'autre cas, en effet, l'exigibilité de la dot est reculée à la dissolution du mariage, et ce motif me paraît concluant, quoique je n'aie pas de texte à produire. — Enfin, la stipulation *post mortem alterius* est également nulle, lorsque le stipulant est un fils de famille ou un esclave, et que le tiers dont la mort doit la rendre exigible est précisément le père ou le maître. Ceux-ci, en effet, sont réputés avoir stipulé eux-mêmes (§ 13 *sup.*). Par application de cette même idée, on décide sans hésiter que le fils de famille et l'esclave stipulent très valablement *post mortem suam* (*Fr. vat.*, § 57).

(1) Telle est à mes yeux la véritable signification des textes de Gaius (II, § 232 — III, § 100) auxquels on a prétendu emprunter le motif ridicule que je repoussais tout à l'heure. Ce qui d'ailleurs justifie bien mon explication, c'est qu'on valide sans hésiter toutes les stipulations subordonnées à une condition dont l'arrivée ne peut être certaine qu'à la mort de l'une des parties par exemple celle-ci, *si in Capitolium non ascendero* ou *non ascenderis*. Ici, en effet, l'intention de faire naître l'action en la personne des héritiers ne s'accuse pas par les mots employés.

Dep., XVI, 3). De même, dans un fidéicommis laissé *in tempus pubertatis*, la nature même indique que le testateur a voulu garantir le fidéicommissaire impubère contre la mauvaise gestion de son tuteur (L. 43 § 2, *De leg.* 2°, XXXI). En dehors de ce cas, où la présomption ordinaire est remplacée par une présomption inverse, la véritable signification du terme peut se dégager, dans un sens ou dans l'autre, de toute espèce de circonstances. Par exemple, un fidéicommis a-t-il été laissé *in decem annos;* ce terme s'interprétera, selon les cas, en faveur de l'héritier ou en faveur du fidéicommissaire (L. 15, *De ann. leg.*, XXXIII, 1).

Quel intérêt pratique y a-t-il à distinguer si le terme a été apposé dans l'intérêt du débiteur ou dans l'intérêt du créancier ? Dans le premier cas, le débiteur est libre, quoiqu'il ne puisse pas y être contraint, de s'acquitter avant l'échéance (L. 70, *De solut.*, XLVI, 3). Dans le second cas, au contraire, il ne saurait imposer à son créancier de se laisser payer par anticipation. Mais celui-ci pourrait-il exiger un payement immédiat ? Je réponds par une distinction qui n'est que la généralisation de quelques décisions spéciales (L. 1 § 22, *Dep.* — L. 114 § 11, *De leg.* 2°. — L. 15, *De ann. leg.*). Je dis oui si le droit résulte d'un acte entre vifs, non s'il résulte d'un testament ; ici, en effet, une volonté qui n'est pas celle du créancier a voulu le protéger contre lui-même, et le débiteur, consentant à payer avant terme, courrait le risque de payer une seconde fois.

II. — DU TERME EXTINCTIF.

Lib. III, tit. xv, *De verborum obligatione*, § 3. — At si ita stipuleris, *decem aureos annuos quoad vivam dare spondes?* et pure facta obligatio intelligitur, et perpetuatur, quia ad tempus deberi non potest; sed heres petendo pacti exceptione submovebitur.

Mais si vous stipulez ainsi : *me promettez-vous dix sous d'or par an, tant que je vivrai?* l'obligation est réputée pure et simple, et elle vous survit, car on ne peut pas devoir pour un temps; mais la demande de votre héritier sera repoussée par l'exception de pacte.

530. L'ancien droit civil n'avait pas cru pouvoir concilier le terme extinctif avec le principe de la perpétuité des obligations (n° 489 *in fine*). Il devait donc ou voir dans l'apposition de ce terme une cause de nullité de l'obligation, ou le tenir lui-même pour non avenu, et c'est ce second point de vue qu'il consacre ici comme en matière de

servitudes prédiales (n° 370). Donc, que je stipule *decem usque ad calendas*, la stipulation est réputée pure et simple comme si ces derniers mots n'y figuraient pas, c'est-à-dire que, selon la rigueur des principes (*ipso jure*), l'arrivée des calendes ne change rien à la situation du débiteur qui n'aurait pas encore payé. Il devait, il continue de devoir. De bonne heure, pourtant, le préteur intervint pour corriger un résultat si visiblement contraire à la volonté des parties. Décomposant la stipulation, il réputa le créancier avoir purement et simplement stipulé dix, puis avoir fait remise de cette somme pour le cas où il ne l'aurait pas touchée ou demandée avant les calendes. Les mots *usque ad calendas* continuent donc, comme le veut le droit civil, d'être retranchés de la stipulation, mais on y voit l'expression d'un pacte que le préteur consacre invariablement quand il n'y trouve rien de contraire à l'ordre public, d'un pacte *de non petendo*. Comme conséquence, le débiteur peut désormais par l'exception *pacti conventi*, ou, s'il le préfère, par l'exception *doli mali*, repousser toute demande intentée après le terme (L. 44 § 1, *De obl. et act.*, XLIV, 7). La volonté des parties obtient ainsi pleine satisfaction : le principe du droit civil subsiste théoriquement, mais il est neutralisé en fait.

Jusqu'à présent j'ai supposé que l'objet de l'obligation consiste en un capital déterminé. Or le moindre sens pratique suffit pour deviner qu'en pareil cas le terme extinctif est d'un usage rare (1). Car ce que je stipule, je veux le toucher ; et d'ailleurs il dépendrait de moi de rendre ce terme illusoire en me hâtant de poursuivre. Mais où l'on en comprend à merveille l'utilité et la fréquence, c'est lorsque la stipulation porte sur une série de prestations périodiques. Ainsi, pour prendre l'exemple très connu des Institutes (§ 3 *sup.*), j'ai stipulé dix sous d'or pour chaque année de ma vie (2). Il semble qu'en cette

(1) Cependant on peut faire l'hypothèse suivante : je prévois que d'ici à telle époque je pourrai avoir besoin d'une somme déterminée, par exemple pour acquérir un bien qui doit être mis en vente à un jour donné ou pour payer une dette à échéance fixe. Passé cette époque, je sais que la dite somme ne me sera plus nécessaire ; car de deux choses l'une, ou il sera trop tard pour donner satisfaction à mon désir, ou bien j'aurai trouvé ailleurs les ressources nécessaires. Dans cette situation, je stipule d'une personne qui ne me doit rien, mais qui consent à m'ouvrir un crédit, par exemple d'un *argentarius*, et j'insère dans la formule de mon interrogation un terme extinctif.

(2) Cette stipulation peut être faite à titre gratuit, comme aussi elle peut avoir sa contre-partie dans une prestation fournie ou à fournir par le stipulant. Dans l'un et l'autre cas, elle ressemble à notre rente viagère. — On trouve aussi chez les Romains la notion de notre rente perpétuelle (L. 4 § 3, *De pact.*, II, 14. — Nov. 160), mais leur langue n'a pas de mot qui corresponde à notre mot *rente*.

espèce ma mort devrait arrêter de plein droit le cours des prestations. Il n'en est rien cependant. Et si mon héritier demande une ou plusieurs annuités correspondant à l'époque qui a suivi mon décès, son action est fondée en droit pur et ne peut être écartée que par l'une des deux exceptions précédemment indiquées (L. 56 § 4, *De verb. obl.*). Les Institutes expliquent la décision du droit civil par la règle *ad tempus deberi non potest* (§ 3 *sup.*). Mais cette explication est certainement incomplète. Supposons, en effet, qu'au lieu d'une stipulation il s'agisse d'un legs ainsi conçu : *heres meus, damnas esto dare Titio decem aureos quoad is vivet.* Titius mourant, la disposition perdra de plein droit son effet pour toutes les années qui doivent suivre l'année courante. Et pourtant, les obligations nées d'un legs, Paul nous le dit expressément (L. 44 § 1, *De obl. et act.*, XLIV, 7) (1), ne s'éteignent pas plus que les obligations contractuelles par le simple effet d'un laps de temps écoulé. Si donc on tient à se rendre compte de cette diversité de décisions dans deux hypothèses en apparence si semblables, il faut remonter à la façon générale dont les Romains les apprécient.

531. Entre la stipulation et le legs *in singulos annos* (2), Pomponius (L. 16 § 1, *De verb. obl.*) établit cette différence essentielle : la stipulation est une, le legs est multiple, formule que je traduis et explique de la manière suivante. Quand il s'agit d'une stipulation, la créance est réputée avoir pour objet direct le droit aux annuités, mais ces annuités elles-mêmes ne se confondent point avec la créance, elles n'en sont que les produits successifs, comme des intérêts sont les produits d'un capital restituable (3). La pluralité des annuités ne fait donc aucun obstacle à l'unité de la créance. Au contraire, quand il s'agit d'un legs, le droit porte directement sur les annuités, et en conséquence elles forment une série de legs distincts, le premier pur et simple, et chacun des autres subordonné à la condition que le légataire n'aura pas cessé de vivre au début de l'année qui y correspond (LL. 4 et 11, *De ann. leg.*, XXXIII, 1) (4).

(1) Joindre L. 55, *De leg.* 1° (XXX).

(2) Les mots *in singulos annos* ne figurent ici qu'à titre d'exemple. Que les diverses prestations soient séparées par un intervalle plus court ou plus long, les principes ne changent pas pour cela.

(3) C'est ainsi que dans notre droit les arrérages de la rente viagère sont réputés distincts de la rente elle-même.

(4) Du caractère conditionnel des legs autres que celui de la première année, il résulte que leur *dies cedens* n'aura pas lieu au décès du testateur, et de là des

Pratiquement, cette différence générale aboutit à deux autres différences que le même texte de Pomponius nous signale :

1° Le legs est *certum*, la stipulation est *incerta*. — Le legs est *certum ;* car, par cela même qu'il se décompose en autant de legs que le légataire vivra d'années, on voit immédiatement quel est le montant de chacun ; il n'y a d'inconnu que le nombre des legs. Au contraire, dis-je, la stipulation est *incerta*, et cela par une suite nécessaire de la distinction que je posais tout à l'heure. Du moment, en effet, que la créance n'a pas pour objet les annuités elles-mêmes, son objet n'est qu'une pure abstraction, n'a qu'une existence fictive, et il est impossible de s'en faire une idée nette et notamment d'en mesurer l'étendue. Comme conséquence, tandis qu'à chaque échéance le légataire exerce une *condictio certi*, et cela sans compromettre son droit éventuel aux annuités futures, le stipulant, lui, agit par une *condictio incerti*, et ne peut agir qu'une fois, parce qu'une seule demande a pour effet de déduire en justice sa créance tout entière. Le voilà donc dans cette fâcheuse alternative ou de retarder indéfiniment sa demande et de ne pas toucher ce qui est échu, ou d'agir et de perdre tout ce qui n'est pas échu. On verra plus tard qu'il trouva un secours dans un moyen de procédure appelé *præscriptio* (Gaius, IV, § 131).

2° Le legs finit par la mort du légataire, la stipulation se perpétue malgré la mort du stipulant. — Le legs finit : pour comprendre cela, il suffit de se rappeler deux choses, savoir que la *diei cessio* des legs conditionnels ne s'opère qu'au moment de l'événement de la condition, et que le légataire mourant avant le *dies cedens* ne transmet jamais son droit à ses héritiers (n°s 381 et 382). Dans l'espèce donc, les prestations relatives aux années qui suivent la mort du légataire n'ont jamais été dues ; c'est parce que le droit n'est pas né qu'il ne se transmet pas (1), et en décidant ainsi on ne blesse en rien la règle *ad tempus deberi non potest*. Quant à la stipulation, j'ai dit qu'elle se perpétue, c'est-à-dire que sans l'intervention du correctif prétorien le

conséquences que les textes cités relèvent et sur lesquelles je n'ai pas à insister, les ayant déjà développées d'une manière générale (n° 381). On remarquera du reste que le legs correspondant à l'année dans laquelle le légataire meurt est dû tout entier à ses héritiers, car la *diei cessio* l'a rendu transmissible (L. 8, *De ann. leg.* XXXIII, 1. — L. 12 § 1, *Quand. dies leg.*, XXXVI, 2). Je pense qu'il en est de même, en cas de stipulation, de l'annuité qui court au jour du décès du stipulant, car elle a été exigible dès le commencement de l'année (L. 56, § 4, *De verb. obl.*).

(1) Cette idée s'accuse bien dans le langage de Pomponius : *legatum finitur*, dit-il, et non pas *legatum extinguitur*.

débiteur serait traité comme ayant promis à perpétuité dix sous d'or par an, et cela tient encore à ce que les annuités ne sont que des produits successifs, et non l'objet même de la créance. Or comme il est de règle qu'une créance survive à la mort du créancier, celle-ci subsiste et par conséquent continue de produire, car en conservant son existence elle conserve aussi sa nature.

Concluons : tandis que la théorie du legs répond absolument à la volonté du testateur, celle de la stipulation est doublement inique : elle l'est pour le stipulant par son caractère d'incertitude, pour le débiteur par son caractère de perpétuité. Pourquoi donc n'avoir pas appliqué dans les stipulations le même principe général que dans les legs? Pourquoi n'avoir pas vu dans les diverses annuités promises autant de créances distinctes dont la première serait pure et simple et les autres conditionnelles? Très probablement, c'est par un excès de formalisme qu'on fut conduit à rejeter ce point de vue : il ne parut pas possible qu'une seule et même formule engendrât des créances de nature différente. Mais, dira-t-on, tel est bien le résultat auquel on arrive en matière de legs! J'en conviens, et cela est tout naturel étant donné les idées romaines; en effet, la formule de la stipulation est arrêtée d'un commun accord entre le créancier et le débiteur, tandis que le testateur choisit seul la formule du legs, et de là deux systèmes d'interprétation tout à fait différents : dans les legs on recherche avant tout ce que le testateur a voulu (L. 12, *De reg. jur.*, L, 17); dans les stipulations la puissance des mots l'emporte sur la volonté réelle des parties; au lieu de rechercher si elles ont exprimé ce qu'elles voulaient, on présume qu'elles ont voulu ce qu'elles ont exprimé (1).

Au surplus, ce que j'ai dit de la stipulation d'annuités destinée à finir par la mort du stipulant s'applique évidemment, et cela pour les

(1) Supposons qu'un prix de vente consiste à fournir une série de prestations annuelles *quoad venditor vivet*. Sans doute, la créance est *incerta*, puisqu'elle résulte d'un contrat consensuel (n° 514). Mais, d'autre part, la mort du vendeur n'arrête-t-elle pas de plein droit le cours des prestations? J'incline à le croire, et cela parce que dans les contrats de bonne foi la volonté des parties n'est pas moins souveraine que dans les legs celle du testateur. Me dira-t-on que j'aboutis ainsi à traiter la créance du vendeur comme étant à la fois une et multiple? Il n'en est rien : je la crois une, et voilà pourquoi elle est *incerta*; mais cette unité n'a pas le même caractère que s'il s'agissait d'une stipulation. La créance a pour objet direct les annuités, et par conséquent le total de son contenu se trouve déterminé par la mort du créancier. Au surplus, on ne se méprendra pas sur la portée de mon observation : elle ne signifie en aucune façon que les obligations nées des contrats de bonne foi puissent s'éteindre de plein droit par l'arrivée d'un terme. Cette doctrine, légèrement enseignée par quelques interprètes, n'est qu'une erreur (t. II, p. 187, note 1).

mêmes raisons, à toutes celles qui doivent finir par l'arrivée d'un autre terme incertain, tel que la mort du promettant ou celle d'un tiers. Mais à l'inverse, la stipulation d'une somme fixe payable en plusieurs termes fait naître autant de créances distinctes qu'il y a de termes; par conséquent chacune est *certa*, et le débiteur n'a pas besoin d'exception pour repousser le créancier qui demanderait un terme de trop (L. 140 § 1, *De verb. obl.*), de même que celui-ci peut demander les termes échus sans compromettre les termes à échoir. De là je conclus à l'application des mêmes décisions dans tous les cas où les prestations périodiques doivent cesser à une époque fixe (1). En effet, quand je stipule dix sous d'or par an pendant dix ans, n'est-ce pas absolument même chose que si j'avais stipulé un capital de cent sous d'or payable en dix termes égaux séparés les uns des autres par un intervalle d'un an?

DE LA CONDITION.

SOMMAIRE : I. Notion générale de la condition. — II. Des conditions qui rendent le contrat nul. — III. De l'accomplissement de la condition. — IV. Des effets de la condition pendante. — V. Des effets de la condition accomplie ou défaillie. — VI. De la *stipulatio pœnæ*. — VII. De la condition résolutoire.

I. — NOTION GÉNÉRALE DE LA CONDITION.

Lib. III, tit. XV, *De verborum obligatione*, § 4. — Sub conditione stipulatio fit, quum in aliquem casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit aut non fuerit, stipulatio committatur, veluti : *si Titius consul fuerit factus, quinque aureos dari spondes?* Si quis ita stipuletur, *si in Capitolium non ascendero, dare spondes?* perinde erit ac si stipulatus esset, quum morietur, sibi dari.

§ 6. — Conditiones quæ ad præteritum vel ad præsens tempus referuntur, aut statim infirmant obli-

La stipulation conditionnelle est celle qui dépend d'un certain événement, de telle sorte qu'elle ait son effet s'il arrive ou bien s'il n'arrive pas, par exemple : *si Titius est créé consul, me promettez-vous cinq sous d'or?* Que si quelqu'un stipule ainsi : *promettez-vous de me donner, si je ne monte pas au Capitole?* ce sera comme s'il avait stipulé qu'on lui donnerait à l'époque de sa mort.

Les conditions qui se réfèrent au temps passé ou au présent annulent immédiatement l'obligation ou n'en

(1) Paul suppose qu'un bailleur stipule de son fermier tout ce que celui-ci doit en vertu du bail, et il voit là *una stipulatio plurium pensionium* (L. 58 pr., *De fid.*, XLVI, 1). Ce texte s'explique par une observation déjà faite (page 210, note 1), et ne me contredit point. Si le bailleur avait stipulé autant d'annuités égales à la *merces* que le bail doit durer d'années, la décision de Paul serait certainement tout autre.

gationem, aut omnino non differunt, veluti : *si Titius consul fuit, vel si Mævius vivit, dare spondes ?* Nam, si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet. Quæ enim per rerum naturam sunt certa non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.

retardent pas du tout l'existence, par exemple : *si Titius a été consul, ou si Mævius est vivant, promettez-vous de me donner?* En effet, si les choses sont ainsi, la stipulation ne vaut rien; et si elles sont autrement, elle est immédiatement valable. Car un fait certain en lui-même a beau être incertain pour nous, il ne saurait retarder la naissance de l'obligation.

Lib. III, tit. XIX, *De inutilibus stipulationibus*, § 11. — Si impossibilis conditio obligationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est quominus existat, velut si quis ita dixerit : *si digito cœlum attigero, dare spondes?* At si ita stipuletur : *si digito cœlum non attigero, dare spondes?* pure facta obligatio intelligitur, ideoque statim petere potest (Gaius, III, § 98).

Quand on subordonne l'obligation à une condition impossible, la stipulation ne vaut rien. Or, on tient pour impossible la condition dont les lois de la nature empêchent la réalisation, par exemple celle-ci : *si je touche le ciel du doigt, promettez-vous de me donner ?* Que si la stipulation est ainsi conçue : *si je ne touche pas le ciel du doigt, promettez-vous de me donner?* l'obligation est réputée pure et simple, et en conséquence la demande peut être formée immédiatement.

532. Toute condition tient en suspens ou la formation ou l'extinction d'un droit. Les Romains disent, dans le premier cas, que le droit lui-même est conditionnel, dans le second cas, qu'il est pur et simple, mais résoluble sous condition (1). Les modernes expriment les mêmes idées sous une forme moins exacte peut-être, mais plus commode : ils appellent suspensive la condition qui suspend la formation même du droit, résolutoire celle qui en suspend l'extinction. C'est à la condition suspensive que je m'attacherai presque exclusivement, parce qu'elle est de beaucoup la plus usitée, et que c'est toujours celle que l'on a en vue quand on parle purement et simplement de condition.

Il y a des actes, et nous en avons déjà rencontré plusieurs, qui, à raison de leur forme ou de leur but, excluent, à peine de nullité,

(1) Sur ce langage il faut particulièrement consulter les lois 2, *De in diem add.* (XVIII, 2) et 1, *De leg. comm.* (XVIII, 3).

l'apposition de la condition suspensive (1). Mais aucun des droits qui comptent dans notre patrimoine n'y répugne par lui-même. Elle peut donc affecter non seulement les obligations contractuelles, mais aussi une translation de propriété, une constitution de servitude prédiale ou personnelle, une disposition testamentaire quelconque, et même le consentement donné à l'extinction d'une obligation. Je me renfermerai, autant qu'il me sera possible, dans l'examen de la condition qui affecte la formation d'une obligation.

Les Institutes (§ 4 *sup.*) nous donnent deux exemples de condition : *me promettez-vous dix, si Titius est nommé consul? me promettez-vous dix, si je ne monte pas au Capitole* (2)? Dans ces exemples et dans tous ceux qu'on y pourrait ajouter, le fait mis *in condi-*

(1) J'ai déjà signalé comme tels la *manumissio vindicta* ou *censu* (n° 56), l'adoption et l'adrogation (nos 104 et 106), l'émancipation (n° 119), la nomination d'un tuteur par le magistrat (n° 135), la mancipation, l'*in jure cessio*, l'adjudication (nos 224 et 248), l'adition d'hérédité (n° 348) et le choix à faire par le légataire d'option (n° 390). Ultérieurement, j'aurai à signaler encore le contrat *litteris* (n° 580), l'acceptilation (n° 705), la *litis contestatio* (n° 765), la *cognitoris datio* (*Fr. Vat.*, § 329), et en général les sentences judiciaires. Du reste, je ne me réfère ici qu'aux conditions expresses, et l'on doit se demander si les actes qui les excluent répugnent également aux conditions tacites dont je parlerai tout à l'heure (n° 534). Un texte prouve que la réponse ne saurait être absolue (L. 77, *De reg. jur.*, L, 17). La condition tacite est admise toutes les fois que c'est seulement par un motif de forme que la condition expresse entraîne nullité, c'est ce qui a lieu dans la mancipation, dans l'*in jure cessio* et dans l'acceptilation. Au contraire, elle est proscrite comme la condition expresse, lorsque c'est à raison même de son but et par la nature des choses que l'acte ne peut être conditionnel : tel est le cas de l'adoption, de l'adrogation et de l'adition d'hérédité. On a donc eu tort de présenter comme exprimant une règle générale cette formule *expressa nocent, non expressa non nocent* (L. 52, *De cond. et dem.*, XXXV, 1. — L. 195, *De reg. jur.*) On remarquera, au surplus, que partout où la condition tacite est admise, le terme tacite l'est aussi, et qu'en général, les actes qui sont viciés par l'insertion d'un condition expresse le sont également par l'insertion d'un terme exprès. Cependant, il y a discussion sur ce dernier point en ce qui concerne le contrat *litteris* (n° 580). Beaucoup d'interprètes comprennent sous la dénomination exclusive d'*actus legitimi* les divers actes qui répugnent à l'apposition expresse d'une condition ou d'un terme, et ils s'appuient sur un texte célèbre que j'ai déjà cité (L. 77, *De reg. jur.*). Mais grand est leur embarras quand il s'agit de trouver une définition de l'*actus legitimus*. Quant à moi, je suis très porté à croire que ce nom convient à tous les actes dont la loi elle-même détermine les conditions d'existence et les effets, et alors la loi 77 signifie seulement que parmi ces actes il y en a qui excluent le terme et la condition, tandis que d'autres les admettent.

(2) Les Institutes ont le tort d'assimiler cette stipulation à la stipulation *quum moriar*. Dans ce dernier cas, en effet, il n'y a qu'un terme incertain, car c'est chose sûre que je mourrai. Dans notre hypothèse, au contraire, s'il est vrai que l'action ne naîtra pas avant le moment de ma mort, il n'est pas du tout certain que même à ce moment elle puisse naître. Car tant que je vis, il se peut que je monte au Capitole, ce qui entraînerait défaillance de la condition.

tione se réfère à l'avenir et il est incertain. Ce sont là deux caractères inhérents à toute condition.

533. Et d'abord, il faut que le fait mis *in conditione* soit envisagé comme futur (L. 39, *De reb. cred.*, XII, 1). Il n'y a donc pas de condition lorsque les parties ont subordonné l'existence de l'obligation à un fait qui se rapporte au présent ou au passé, mais sur l'arrivée duquel elles ne sont pas fixées. Par exemple, la stipulation est ainsi conçue : *Decem spondes si Titius vivit* ou *si Titius consul fuit?* Sans doute, à regarder superficiellement, nous avons ici l'image d'une condition, et cela non seulement à cause de l'emploi de la conjonction *si*, mais aussi et plus encore à raison du doute qui plane sur l'existence de l'obligation tant qu'on ignore si Titius vit ou s'il a été consul. Mais comme ce doute ne porte que sur le fait, non sur le droit, comme la situation des parties ne dépend pas des hasards de l'avenir et que tout se résout en une vérification à faire, on décide que l'incertitude temporaire où elles se trouvent n'a pas les effets d'une condition pendante. Si Titius vit ou a été consul, l'obligation a existé pure et simple dès le jour du contrat; si Titius est mort ou n'a pas été consul, il n'y a rien de fait. Néanmoins, par une sorte de contradiction entre leur doctrine et leur langage, les Romains disent qu'en de telles hypothèses il y a une condition qui se réfère au présent ou au passé (§ 6 *sup.* — L. 37, *De reb. cred.* — LL. 100 et 120, *De verb. obl.*). Avec plus d'exactitude dans la forme, nous dirons qu'il n'y a qu'une condition apparente (1).

Il faut, en second lieu, que le fait mis *in conditione* soit incertain.

(1) En matière de contrats, je formule ainsi les résultats de la condition apparente : les parties se trouvent immédiatement, selon que le fait est arrivé ou ne l'est pas, dans la situation où elles eussent été placées plus tard par l'accomplissement ou la défaillance d'une condition véritable. Mais cette formule ne serait plus aussi exacte en matière de testament, comme le prouvent les deux observations suivantes : 1° après avoir testé une première fois, je fais un second testament dans lequel j'institue un héritier *si Titius consul fuit*, et par hypothèse Titius n'a jamais été consul. Mon premier testament subsiste, tandis qu'une institution vraiment conditionnelle l'aurait révoqué, et cela nonobstant la défaillance ultérieure de la condition (L. 16, *de inj. rupt.*, XXVIII, 3); 2° père de famille, j'institue mon fils *si rex Parthorum vivit*. L'institution vaut, quoique non accompagnée d'une exhérédation sous condition inverse. Si au contraire il s'agissait d'une véritable condition, on sait que l'institution serait nulle, de sorte que c'est en vain que la condition se réaliserait plus tard (L. 10 § 1, *de cond. inst.*, XXVIII, 4. — N. 333). — Au surplus les conditions apparentes, et en cela elles méritent leur nom de conditions, suffisent à vicier les actes qui excluent les conditions expresses (t. II, p. 284, note 1). J'en dis autant des conditions nécessaires et des conditions négatives portant sur un fait impossible.

Si dès à présent nous sommes sûrs qu'il arrivera, si par exemple il consiste dans la mort de l'un des contractants ou d'un tiers, l'obligation n'est nullement suspendue, ou, comme parlent les interprètes, il y a condition nécessaire (L. 9 § 1, *De novat.*, XLVI, 2. — L. 18, *De cond. ind.*, XII, 6). Ai-je besoin, au surplus, de faire remarquer que l'incertitude ne s'apprécie pas à un point de vue absolu? Il n'importe donc que les éléments qui doivent déterminer l'arrivée ou la non-arrivée du fait existent aujourd'hui : il y a incertitude suffisante, par cela seul que dans l'état actuel des connaissances humaines il nous est impossible de rien affirmer (L. 28 § 5, *De jud.*, V, 1. — L. 38, *De reb. cred.*, XII, 1). Et par exemple, je m'oblige si telle femme actuellement enceinte donne le jour à deux enfants à la fois. Sans aucun doute, si elle n'en porte aujourd'hui qu'un seul, elle n'en mettra pas deux au monde. Et néanmoins, les Romains reconnaissent dans notre espèce une véritable condition, faute d'avoir à leur disposition un diagnostic infaillible des grossesses doubles. De ce second caractère de la condition, trois conséquences résultent :

1° Les faits physiquement impossibles, et j'entends par là ceux qui sont contraires aux lois de la nature même aidées des moyens d'action que la science nous fournit, ne sauraient être l'objet d'une condition proprement dite. Car on a, dès le principe, la plus entière certitude qu'ils ne se réaliseront pas. Aussi n'est-ce que par abus de langage, et faute d'une expression adéquate à l'idée, qu'on parle de conditions impossibles. Qu'adviendra-t-il donc, lorsque, les parties étant supposées maîtresses de leur raison, un fait impossible aura été mis *in conditione?* Deux ordres d'hypothèses doivent être distingués : 1° je stipule de vous, *si cœlum digito tetigeris*. Jamais vous ne toucherez le ciel du doigt, personne ne peut en douter. Donc au lieu d'un contrat nous n'avons fait qu'une plaisanterie, et en conséquence l'obligation est nulle faute de volonté (§ 11 *sup.* — L. 31, *De obl., et act.*, XLIV, 7); 2° je stipule de vous, *si cœlum digito non tetigeris*. Ici l'impossibilité où vous êtes de jamais toucher le ciel du doigt fait ressortir l'intention de donner naissance à une obligation pure et simple. Immédiatement donc je puis vous demander la somme promise (§ 11 *sup.*). Généralisant ces décisions, nous dirons que subordonnée à l'arrivée d'un fait impossible, l'obligation est nulle ; qu'au contraire, subordonnée à la non-arrivée de ce fait, elle vaut comme pure et simple (1).

(1) Je rappelle que dans les dispositions testamentaires la condition qui a pour

A. 2° Ce n'est pas non plus une condition véritable, je l'ai déjà fait pressentir (nos 507 et 510), que celle qui serait ainsi conçue : *si rem sacram vendideris*, ou *si sororem tuam uxorem duxeris*, et en général que celle qui porterait sur un fait dont l'accomplissement est actuellement empêché par un obstacle légal considéré comme d'ordre public. De telles conditions sont traitées comme impossibles, donc annulent l'obligation, si elles sont positives, la laissent pure et simple, si elles sont négatives; et il n'importe que l'obstacle soit de nature à disparaître ultérieurement, car c'est toujours au moment du contrat qu'on se place pour apprécier la légalité du fait mis *in conditione* (L. 137 § 6, *De verb. obl.*).

A. 3° Le fait que les parties ont considéré comme se référant à l'avenir, mais qui à leur insu était déjà accompli ou ne pouvait plus s'accomplir, ne peut pas non plus former l'objet d'une condition. Par exemple, j'ai stipulé *si navis venerit* ou *si Stichum manumiseris*, et déjà le navire était arrivé ou Stichus était mort. Notre ignorance à cet égard n'a rien de fatal, elle ne tient pas à la nature même du fait, et c'est pourquoi elle ne constitue pas l'incertitude requise. Si donc le fait prévu s'est réalisé, on tient la condition pour accomplie, ou, ce qui revient au même, l'obligation est pure et simple (L. 10 § 1, *De cond. et dem.*, XXXV, 1). S'il ne peut plus s'accomplir, la condition est traitée comme impossible, et en conséquence son effet varie selon qu'elle figure dans un testament ou dans un acte entre vifs (L. 45, *De her. inst.*, XXVIII, 5. — L. 6 § 1, *De cond. et dem.* — L. 69, *De verb. obl.*).

534. De même que toute condition suppose absolument un événement futur et incertain, de même aussi n'exige-t-elle rien de plus. Et de là je tire une double déduction : 1° pour reconnaître une obligation conditionnelle, il n'y a pas lieu de s'attacher aux expressions employées par les parties, il faut regarder au fond des choses. Ainsi la condition pourra s'accuser nonobstant l'emploi de la conjonction *quum* (L. 22 pr., *Quand. dies leg.*, XXXVI, 2. — L. 38 § 16, *De verb. obl.* — L. 31 § 1, *De statul.*, XL, 7), de même qu'à l'inverse la conjonction *si* pourra ne marquer qu'un terme (L. 45 § 2, *De verb. obl.*), ou même, comme cela ressort de mes explications sur la condition apparente, laisser à l'obligation un caractère absolument pur et

objet l'accomplissement d'un fait impossible est réputée non écrite, par conséquent n'a pas plus d'effet que la condition de ne pas accomplir un fait impossible (n° 325).

simple; 2° la condition peut n'être que tacite. Les conditions tacites se divisent elles-mêmes en deux catégories : les unes (*conditiones juris*), à l'exemple du terme tacite (n° 527), sont tellement inhérentes à l'obligation ou à l'acte qu'on est obligé de les sous-entendre. C'est ainsi que l'acceptilation appliquée à une promesse conditionnelle est forcément conditionnelle elle-même (L. 77, *De reg. jur.*, L, 17). Les autres (*conditiones facti*) dérivent de la volonté des parties. Quelquefois cette volonté se présume dans leur silence; ainsi nous avons vu que, lorsque rien n'indique une intention contraire, la stipulation *dotis causa* est réputée subordonnée à la condition *si nuptiæ sequantur* (n° 311 *in fine*). D'autres fois les parties ont exprimé leur volonté, mais cela en dehors de l'acte qu'il s'agit de rendre conditionnel. Par exemple, avant de faire une mancipation, elles ont conclu un pacte portant que l'effet de la mancipation serait subordonné à l'arrivée de tel événement. La condition tacite n'est donc pas nécessairement celle sur laquelle les parties ne se sont pas expliquées. Au surplus toutes les conditions tacites sont soumises à des règles identiques (1), et elles se séparent des conditions expresses sur deux points : 1° affectant un legs, elles n'en reculent pas la *diei cessio* (n° 382); 2° elles peuvent affecter certains actes qu'une condition exprimée rendrait nuls (t. II, p. 284, note 1).

II. — DES CONDITIONS QUI RENDENT LE CONTRAT NUL.

Lib. III, tit. XIX, *De inutilibus stipulationibus*, § 14. — Item si quis ita stipulatus erat : *si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes ?* inutilis erat stipulatio, quia præpostere concepta est. Sed, quum Leo inclytæ recordationis in dotibus eamdem stipulationem, quæ præpostera nuncupatur, non esse rejiciendam existimavit, nobis placuit et huic perfectum robur accommodare, ut non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.

De même, cette stipulation : *si demain tel navire arrive d'Asie, promettez-vous de me donner aujourd'hui ?* était inutile, comme étant conçue à rebours; mais l'empereur Léon, de glorieuse mémoire, ayant pensé qu'en matière de dot cette stipulation dite prépostère ne devait pas être rejetée, nous avons voulu qu'elle eût pleine force désormais : elle vaudra donc, non seulement en matière de dot, mais en toutes matières.

(1) Voir pourtant une petite différence en matière d'adition d'hérédité (L. 21, *De cond. et dem.*, XXXV, 1).

535. Parmi les conditions proprement dites, c'est-à-dire celles qui réellement se réfèrent à l'avenir et portent sur un fait incertain pour tous, il y en a trois sortes qui entraînent nullité du contrat, savoir :

1° La condition purement potestative du côté du promettant. — Mais qu'on y prenne bien garde, ma formule n'embrasse pas toutes les conditions qu'il est au pouvoir du promettant de faire accomplir ou défaillir. Que, par exemple, je stipule de vous *si Alexandriam veneris, si in Capitolium non ascenderis*, le contrat est incontestablement valable ; car vous ne pouvez échapper à l'obligation que par l'accomplissement d'un acte extérieur ou en vous imposant la gêne d'une abstention. Ce qui annule l'obligation, c'est seulement la condition *si volueris* (L. 8, *De obl. et. act.*, XLIV, 7. — L. 46 § 3, *De verb. obl.*), ou toute autre condition qui, sous une forme moins franche, ferait dépendre l'existence du droit de la simple volonté du promettant (L. 7 pr., *De contr. empt.*, XVIII, 1. — LL. 17 et 108 § 1, *De verb. obl.*). Car comment le reconnaître lié, quand il lui est permis de dire à son gré : je dois, ou je ne dois pas? Nulle difficulté, au surplus, sur la validité de la condition qui ferait dépendre l'existence de l'obligation, en tout ou en partie, de la volonté du stipulant, et à plus forte raison de la volonté d'un tiers (1). Ici, en effet, le lien n'est plus à la discrétion de la personne liée (2).

2° Les conditions illicites ou immorales, et, par là, j'entends non pas celles dont l'accomplissement actuel est empêché par un obstacle de droit, celles-là sont réputées impossibles (n° 533), mais celles qui, quoique réprouvées par les lois ou par les bonnes mœurs, peuvent néanmoins, en fait, s'accomplir. Consacrer de telles conditions, c'eût été mettre la loi en contradiction avec elle-même ; les tenir pour non

(1) Dans de pareilles hypothèses, comme c'est la volonté personnelle du stipulant ou du tiers qui a été prise en considération, la condition qui ne serait pas encore accomplie au moment de leur mort défaudrait nécessairement (L. 48, *De verb. obl.*).

(2) Il ressort de ces explications que la division si connue des conditions en casuelles, potestatives et mixtes, n'est d'aucune importance quand il s'agit de savoir si une obligation peut se former ou non. Cette division ne nous est présentée que par Justinien (L. unic. § 7, C., *De cad. toll.*, VI, 51), et cela à propos des dispositions testamentaires ; là en effet on a vu qu'elle n'est pas sans intérêt pratique (n° 324, 4° et 5°). Les conditions casuelles dépendent du hasard (*ex fortuna*) ; les conditions potestatives dépendent plus ou moins complètement de la volonté de la personne gratifiée (*ex honoratæ personæ voluntate*) ; enfin les conditions mixtes, combinaison des deux précédentes espèces, dépendent tout ensemble et du hasard et de la personne gratifiée (*ex utroque*).

écrites, c'eût été méconnaître la volonté des parties (1). De là la nullité du contrat. Mais quelles sont précisément ces conditions? Bien que la question doive se résoudre dans chaque espèce par l'appréciation du but que les parties poursuivent, je crois pouvoir, d'une manière générale, considérer comme telles : 1° celle qui intéresse et par conséquent provoque l'une des parties à commettre ou à faire commettre un acte prohibé ou honteux. Par exemple, je vous promets dix sous d'or si vous commettez un vol ou un adultère, ou à l'inverse, si je ne les commets pas ; 2° celle qui tend à déterminer par une *rémunération soit l'accomplissement d'un acte obligatoire, soit l'abstention* d'un acte prohibé ou honteux. Par exemple, vous me promettez dix sous d'or si je remplis mes fonctions de juge, ou si je m'abstiens de commettre un vol (L. 7 § 3, *De pact.*, II, 14); 3° celle qui enlève à l'un des contractants le libre usage d'une faculté que la loi considère comme essentielle et inaliénable. Par exemple, je stipule de vous dix sous d'or si je ne me marie pas, si vous divorcez, ou si vous ne m'instituez pas héritier (LL. 63 § 1, 72 § 4, *De cond. et dem.*, XXXV, 1. — L. 2, C., *De inut. stip.*, VIII, 39). Tout au contraire, si de pareilles conditions portaient sur le fait d'un tiers, elles seraient pleinement licites, comme ne devant exercer aucune espèce d'influence sur la volonté et la conduite des parties (2). Et à plus forte raison faudrait-il valider la condition qui n'aurait d'autre but que de retenir le promettant dans le devoir en le menaçant d'une peine s'il commettait un acte honteux (L. 121 § 1, *De verb. obl.*) (3).

3° La condition bizarre et assurément peu pratique dont les Insti-

(1) Je rappelle que dans la matière des testaments on les répute cependant non écrites (n° 325).

(2) Ceci montre qu'il ne faut pas confondre le fait qui peut être valablement promis et le fait qui peut être mis *in conditione*. C'est d'ailleurs ce qui ressort de plusieurs textes (L. 38 § 13 ; L. 115 pr., *in fine*, *De verb. obl.*).

(3) Ce texte suppose qu'une femme, au moment de se marier, stipule de son futur une certaine somme pour le cas où celui-ci viendrait à reprendre pendant le mariage ses relations avec une concubine antérieure. On pourrait alléguer que la stipulante est intéressée pécuniairement à ce que son mari commette un adultère ; mais cet intérêt s'efface devant l'intérêt bien plus fort qui la pousse à s'assurer un mari fidèle, et voilà pourquoi Papinien valide la stipulation comme morale. Ce motif bien compris, que faudra-t-il décider, si je stipule dix de Titius pour le cas où il commettrait un vol? Dirons-nous que la stipulation vaut comme tendant à empêcher un délit? Je n'oserais me prononcer dans un sens absolument négatif. Mais à coup sûr en ait il n'y aura là dans la plupart des cas qu'une association illicite et par conséquent nulle (L. 70 § 5, *De fid.*, XLVI, 1). Ce que j'aurai voulu, c'est bien moins de prévenir un délit que d'en partager les profits.

tutes (§ 14 *sup.*) nous fournissent le type suivant : *si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes?* Prise à la lettre, cette formule place l'exigibilité de la créance avant l'événement de la condition, elle autorise l'action en justice avant qu'on puisse savoir s'il y a un droit. A raison de ce renversement de l'ordre naturel des choses, on dit qu'une telle stipulation est *præpostera*; et le droit classique l'annulait par un scrupule d'exactitude formaliste semblable à celui qui faisait annuler aussi les stipulations *post mortem contrahentis* ou *pridie quam moriatur*. Justinien nous apprend que l'empereur Léon, réagissant incomplètement contre cet excès de rigueur, valida la stipulation *præpostera* quand elle serait faite *dotis causa*; et lui-même la valide d'une manière absolue, ajoutant toutefois que le créancier ne pourra pas agir avant l'événement de la condition (L. 25, C., *De test.*, VI, 23). Pour reprendre l'exemple des Institutes, cela revient à dire qu'on y tient pour non avenu le mot *hodie* (1).

III. — DE L'ACCOMPLISSEMENT DE LA CONDITION.

Lib III, tit. XIX, *De inutilibus stipulationibus*, § 25. — Quum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione heres ejus agere potest. Idem est et ex promissoris parte.

Si celui qui a stipulé sous une condition meurt alors qu'elle est encore pendante, et que plus tard elle se réalise, son héritier peut agir. Il en est de même du côté du promettant.

536. La condition n'est qu'un élément accidentel du contrat, et le contrat tout entier s'interprète selon la volonté des parties (n° 499). C'est donc toujours cette volonté qu'il faut interroger quand on veut fixer le sens précis de la condition, ou, ce qui revient au même, savoir de quelle manière et à quelle époque elle doit s'accomplir pour donner naissance à l'obligation (L. 115 § 2, *De verb. obl.*) (2). Cette

(1) La nullité ne résultait, en effet, que de l'insertion de ce mot. Ce qui le prouve bien, c'est qu'on validait sans difficulté la stipulation ainsi conçue : *si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes* (L. 64, *De verb obl.*)? Ici les mots *ex hac die* ne marquent pas la volonté de donner naissance immédiatement à une action : ils signifient seulement qu'une fois la condition réalisée le créancier pourra exiger autant de fois dix qu'il se sera écoulé d'années depuis le jour du contrat.

(2) Ce même principe est également vrai dans la matière des testaments. Et c'est là sans contredit qu'il présente le plus d'importance; c'est là surtout que les juris-

donnée générale n'est pas seulement féconde en décisions d'espèces, elle engendre quelques règles qu'il importe de connaître :

1° Lorsque les parties ont fixé un délai pour l'accomplissement de la condition, elle peut néanmoins défaillir ou s'accomplir avant l'expiration du délai. Il suffit pour cela que le fait mis *in conditione* devienne impossible. Supposons d'abord une condition positive, telle que celles-ci : *si navis venerit*, ou *si Titia nupserit intra annum*. Que demain le navire périsse ou que Titia meure : la condition ne pouvant plus s'accomplir, on n'attendra pas l'expiration de l'année pour la traiter comme défaillie. S'agit-il, au contraire, d'une condition négative comme celles-ci : *si navis non venerit*, ou *si Titia non nupserit intra annum*? La destruction du navire ou la mort de Titia ont pour effet de rendre l'obligation immédiatement certaine et exigible ; car on ne se hasarde pas en affirmant que l'année finira sans que le navire arrive ou sans que Titia se marie (L. 10, *De verb. obl.*) (1).

2° En supposant qu'aucun délai n'ait été fixé pour l'accomplissement de la condition, elle demeure en suspens tant que le fait prévu n'est pas devenu impossible. Dans le cas contraire, si elle est positive, elle défaut ; si elle est négative, on la tient pour accomplie.

consultes épuisent les ressources de leur analyse à en déduire les applications multiples; et il est remarquable que la compilation de Justinien, qui ne consacre pas un seul titre spécial aux conditions apposées dans les actes entre vifs, en a trois sur celles qui affectent des dispositions testamentaires (Dig., XXVIII, 7 ; XXXV, 1. — Cod., VI, 46). Tout cela s'explique aisément par des considérations diverses : d'abord les conditions paraissent avoir été plus usitées dans les testaments que dans toute autre espèce d'actes; puis, c'est là qu'elles risquent le plus de revêtir une forme un peu obscure, parce qu'elles n'ont pas été l'objet d'un débat préalable; enfin, comme je l'ai dit ailleurs (n° 531), les testaments se prêtent à une liberté d'interprétation que la stipulation ne comporte pas. Voici, au surplus, quelques-unes des principales questions sur lesquelles s'exerça l'interprétation des jurisconsultes: 1° ne faut-il pas exclure, comme non prévus par le testateur, certains faits qui paraissent compris dans la formule (L. 25, *De cond. et dem.*), et à l'inverse y faire rentrer des cas qu'elle ne comprend pas expressément (n° 324, 5°) ? 2° la condition ne peut-elle s'accomplir utilement qu'après la mort du testateur ou le peut-elle même de son vivant (LL. 10 pr., 11 § 1, 19 pr., 61, 91, *De cond. et dem.*)? 3° si elle est potestative et qu'elle consiste *in faciendo*, doit-elle être exécutée dès que la personne gratifiée en a le moyen, ou peut-elle l'être dans un délai illimité (L. 29, *De cond. et dem.*)? 4° si elle consiste à donner une somme à telle personne, est-ce nécessairement à cette personne même que la somme doit être comptée (L. 68, *De solut.*, XLVI, 3)?

(1) La même obligation peut être à la fois sous condition et à terme, de telle sorte que, la condition se réalisant avant le terme, le droit prenne existence sans devenir encore exigible. C'est par cette idée qu'il faut expliquer la loi 8, *De verb. obl.*, qui ainsi entendu ne contredit nullement celle que je cite ici.

3° La condition ou s'accomplit absolument, ou ne s'accomplit pas du tout ; en d'autres termes, elle est indivisible, et cela nonobstant la divisibilité du fait mis *in conditione* (LL. 23 et 43 § 1 ; L. 56, *De cond. et dem.*). Ainsi vous m'avez promis une somme de cent sous d'or si vous ne me donniez pas tel fonds : vous avez beau me donner la moitié du fonds, la condition n'est pas accomplie et vous me devez la somme entière (L. 85 § 6, *De verb. obl.*) (1).

4° La condition est tenue pour accomplie, lorsque l'accomplissement en est empêché par le débiteur intéressé à la voir défaillir (L. 7 pr., *De contr. empt.*, XVIII, 1. — L. 80 § 1, *De cond. et dem.* — L. 161, *De reg. jur.*, L, 17) (2). Par exemple, je vous ai promis dix, *si Stichum manumiseris*, et je tue Stichus; ou, comme le suppose Ulpien (L. 50, *De contr. empt.*, XVIII, 1), vous m'avez vendu une bibliothèque sous la condition que je réussirais à me procurer tel local destiné à la recevoir, puis le propriétaire de ce local consentant à me le vendre, je refuse de l'acheter. Notre règle toutefois ne s'appliquerait pas si l'intention des parties avait été précisément de mettre la condition au pouvoir du débiteur : quand par exemple vous m'avez promis dix *si in Capitolium ascenderis*, il est clair que vous restez libre de ne pas monter au Capitole, et par conséquent de faire défaillir la condition. Il faut donc, de toute nécessité, supposer que le fait du débiteur constitue, qu'il en ait eu conscience ou non, un manquement à la loi du contrat (3).

5° En principe, la condition s'accomplit efficacement même après la mort des parties ou de l'une d'elles, et cela parce qu'elles ne sont pas réputées avoir contracté *intuitu personæ* (§ 25 *sup.*). Par la force des choses, toutefois, cette règle perd son application lorsqu'il s'agit de conditions qui ne pouvaient pas se réaliser sans le fait personnel de la partie aujourd'hui décédée (4).

(1) Dans les testaments, cette règle est peut-être moins absolue que dans les contrats (L. 44 § 9, *De cond. et dem.*).

(2) On joindra à ces textes la loi 24, *De cond. et dem.*, dans laquelle il faut suppléer avant le mot *impleri* une négation évidemment omise par le copiste. Cette lacune comblée, notre loi ne différera de la loi 161, *De reg. jur.*, qu'en ce qu'elle est moins affirmative à l'égard des stipulations. D'où l'on peut conclure que la règle que j'explique fut reçue dans les testaments avant de l'être dans les contrats.

(3) Ne doit-on pas décider réciproquement que, lorsque le créancier empêche sans droit la défaillance de la condition, il faut néanmoins la tenir pour défaillie ? Je ne sache aucun texte qui pose cette doctrine d'une manière générale; mais je la trouve appliquée en ce qui concerne la *stipulatio pœnæ* et la *fidejussio indemnitatis* (L. 40, *De rec.*, IV, 8. — L. 41 pr., *De fid.*, XLVI, 1).

(4) Je rappelle que toute disposition testamentaire conditionnelle s'évanouit quand

IV. — DES EFFETS DE LA CONDITION PENDANTE.

Lib. III, tit. xv, *De verborum obligatione*, § 4 suite. — Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si, prius quam conditio existat, mors nobis contigerit.

De la stipulation conditionnelle naît seulement l'espérance d'une obligation; et cette espérance, nous la transmettons à notre héritier, si nous venons à mourir avant l'arrivée de la condition.

537. Pour se rendre un compte exact des effets de la condition encore pendante, il convient de ne pas confondre le droit qu'elle affecte et l'acte dans lequel elle figure. L'acte existe immédiatement (*stipulatio ex præsenti vires accipit*. — *Fr. Vat.*, § 55. — L. 25, *De stip. serv.*, XLV, 3) (1); et voilà pourquoi on le soumet, quant à sa validité, aux mêmes règles que s'il devait donner naissance à un droit pur et simple (2). Quant au droit lui-même, les Institutes (§ 4 *sup.*) nous disent, dans une formule souvent répétée, qu'il n'existe qu'à l'état d'espérance (3). Analysons cette proposition dans son application spéciale aux contrats.

Elle signifie d'abord que la créance n'a pas d'existence actuelle, et de là une série de conséquences qui vont séparer très nettement la situation du créancier conditionnel de celle du créancier pur et simple ou même à terme : 1° non seulement l'action intentée *pendente conditione* n'aboutit pas, c'est là un point évident; mais on la tient pour non avenue, c'est-à-dire que, la condition venant à se réaliser plus tard, le créancier peut agir de nouveau sans craindre que le débiteur ne lui

la personne gratifiée meurt *pendente conditione* (n° 324). Mais, qu'on y fasse bien attention, la mort du grevé n'empêche pas la condition de s'accomplir utilement. Cette simple observation prouve que notre règle ne se rattache en aucune façon à la fiction qui fait rétroagir la condition accomplie. Une autre raison d'ailleurs rend cette explication non recevable : c'est que la condition qui suspend l'effet d'une tradition ne rétroagit pas et pourtant s'accomplit utilement après la mort des parties (L. 2 § 5, *De donat.*, XXXIX, 5. — T. I, p. 773, note 3. — T. II, p. 298, note 3).

(1) De là la rupture immédiate et définitive d'un premier testament par un second testament qui ne contient qu'une institution conditionnelle (L. 16, *De inj. rup.* XXVIII, 3).

(2) Il y a pourtant une réserve à faire relativement à la stipulation et au legs conditionnels d'une chose qui appartient au stipulant ou au légataire (nos 394 et 508).

(3) Ulpien exprime la même idée d'une façon moins simple et moins claire, quand il dit : *dies non cessit pendente adhuc conditione* (L. 213 pr., *De verb. sign.*, L, 16).

oppose la règle *Bis de eadem re agi non potest*. Car sa première action n'a rien déduit *in judicium*, et son droit n'a pas pu être épuisé avant de naître (L. 36, *De reb. cred.*, XII, 1. — L. 43, § 9, *De œdil. ed.*, XXI, 1) (1); 2° le débiteur qui a payé par erreur *pendente conditione* est admis à répéter tant que la condition n'est pas accomplie (L. 16 pr., *De cond. ind.*, XII, 6); 3° jusque-là aussi, le créancier est libre de refuser le payement que lui offre son débiteur. Car de deux choses l'une : ou celui-ci se réserve de répéter si la condition vient à défaillir, et alors à quoi tend-il, en réalité, sinon à renverser les rôles et à faire de son créancier un débiteur conditionnel? ou au contraire il renonce, quels que soient les événements ultérieurs, à toute répétition, et en ce cas la défaillance de la condition transformerait le créancier en donataire. Or personne ne saurait être forcé de devenir ni débiteur ni donataire, même sous condition; 4° une stipulation conditionnelle ne peut ni opérer novation immédiate d'une créance déjà existante, ni être elle-même immédiatement novée par une stipulation pure et simple (L. 8 § 1, *De nov.*, XLVI, 2); 5° si le créancier fait défaillir la condition, on ne le considère pas comme ayant diminué son actif, et, nonobstant l'évidence de ses intentions frauduleuses, l'action Paulienne est refusée à ses propres créanciers (L. 6 § 1, *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8).

Les Institutes disent, en second lieu, que le stipulant est investi d'une espérance. Mais je crains que cette expression ne rende pas la vérité tout entière. En effet, une simple espérance, comme celle qui a pour objet une succession ou un legs, n'entre jamais en compte quand il s'agit d'évaluer les forces d'un patrimoine; et pourtant nous savons déjà que dans le calcul de la quarte Falcidie, et l'on en peut dire autant des quartes Légitime, Antonine et Pégasienne, on ne néglige pas les créances et les dettes conditionnelles du défunt (n° 402). D'autre part, une simple espérance ne nous autorise jamais à exiger de qui que ce soit ni acte, ni abstention. Or, est-ce là la situation du créancier conditionnel? Ne voyons-nous pas qu'il lui est permis de recourir à certaines mesures conservatoires, par exemple de demander la *bonorum separatio* (L. 4, *De sep.*, XL, 6) et peut-être l'envoi en possession (L. 6 pr., *Quib. ex caus.*, XLII, 4)? Bien mieux, on l'admet à critiquer, même *pendente conditione*, les affranchissements faits en fraude de ses droits par le débiteur (L. 27 pr., *Qui et a quib. man.*, XL, 9). Ces

(1) Cette doctrine a soulevé des objections auxquelles je répondrai en traitant de la *plus petitio*.

considérations sont plus que suffisantes pour nous permettre d'affirmer que la condition pendante ne réduit pas le stipulant à une pure espérance. La vérité est que son droit existe en germe; mais comme ce germe peut avorter, on est obligé de combiner des décisions en apparence opposées dont les unes sont fondées sur l'inexistence actuelle du droit, les autres sur son existence virtuelle. L'exactitude de ce point de vue ressort bien du langage des jurisconsultes, puisqu'ils comprennent sous la dénomination énergique de *creditor* quiconque a acquis par stipulation ou par tout autre contrat ce droit conditionnel que les Institutes appellent une espérance (L. 10, *De verb. sign.*, L, 16) (1). Il est vrai qu'on refuse ce même titre de *creditor* au légataire conditionnel (L. 42 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7). Mais pour qui va au fond des choses, ce légataire a, lui aussi, quelque chose de plus qu'une espérance : je n'en veux d'autre preuve que la *cautio legatorum* qu'on lui permet d'exiger de l'héritier (n° 384). Si donc on ne reconnaît pas en lui un créancier, cela tient sans doute à ce que la condition qui suspend le droit au legs ne s'accomplit utilement que du vivant du légataire, et à ce qu'une fois accomplie elle ne rétroagit pas comme la condition insérée dans un contrat (t. II, p. 298, note 3). A ce double point de vue, le legs conditionnel est loin d'engendrer un droit aussi fort que celui qui résulte d'un contrat conditionnel.

V. — DES EFFETS DE LA CONDITION ACCOMPLIE OU DÉFAILLIE.

538. L'obligation ne se forme définitivement qu'au moment précis où la condition s'accomplit. Il faut donc qu'à ce moment les éléments essentiels de l'obligation se retrouvent les mêmes qu'au jour du contrat. Cette idée générale se traduit dans les textes par deux décisions formelles : 1° si la chose stipulée a totalement péri *pendente conditione*, l'obligation ne peut plus naître faute d'objet (L. 8, *De peric. et comm.*, XVIII, 6. — L. 14 pr., *De novat.*, XLVI, 2); 2° elle ne naît pas non plus si le promettant a subi une condamnation à la déportation (L. 14 § 1, *De novat.*). Car, selon la subtilité du droit, sa personne n'est plus la même (2). Toutefois cette seconde décision est loin

(1) Néanmoins, là où il n'y a que dette conditionnelle on n'emploie pas les expressions *creditum* et *credita pecunia* (Gaius, III, § 124). J'ai déjà eu l'occasion de faire remarquer que ces expressions n'ont pas une signification aussi compréhensive que le mot *creditor* (t. II, p. 200, note 1).

(2) La même décision s'applique à plus forte raison lorsque *pendente conditione* le débiteur a purement et simplement perdu sa personnalité juridique, c'est-à-dire

d'avoir pratiquement la même portée que la précédente, attendu que l'obligation s'exécute sur les biens du condamné (L. 48 § 1, *De jur. fisc.*, XLIX, 14. — n° 182). Mais peut-être en tire-t-on cette conséquence que le fidéjusseur qui se serait engagé *pendente conditione* échappe à toute poursuite (Arg. L. 5 pr., *Ut leg. seu fid.*, XXXVI, 3. — L. 47 pr., *De fid.*, XLVI, 1).

Une fois accomplie, la condition rétroagit, c'est-à-dire que l'obligation est traitée à certains égards comme si elle eût existé pure et simple dès le jour du contrat (L. 11 § 1, *Qui pot.*, XX, 4). Pour ne pas exagérer les effets de cette fiction de rétroactivité, il convient de remarquer qu'elle est manifestement inapplicable aux simples obligations futures, c'est à dire à celles qui doivent naître d'un contrat non encore formé, par exemple d'un prêt à effectuer. Si donc les textes nous disent d'une telle obligation qu'elle donne lieu à une convention d'hypothèque valable (L. 11 pr., *Qui pot.*, XX, 4), que la fidéjussion tendant à la garantir et la promesse destinée à la nover sont possibles dès à présent (L. 6 § 2, *De fid.*, XLVI, 1. — L. 8 § 2, *De novat.*, XLVI, 2), enfin qu'elle se prête à une cession immédiate (L. 3, C., *De donat.*, VIII, 54), nous nous garderons, retrouvant les mêmes décisions relativement à l'obligation conditionnelle (1), de les rattacher à l'idée de rétroactivité. Voici donc quelles sont les principales conséquences de cette idée : 1° lorsque le stipulant est une personne *alieni juris*, peu importe qu'à l'arrivée de la condition il soit devenu *sui juris* ou se trouve placé sous une autre puissance : la créance n'en est pas moins acquise à celui qui avait la puissance au jour du contrat (L. 78 pr., *De verb. obl.* — L. 18, *De reg. jur.*, L, 17) (2). Cette

est tombé en esclavage ou est mort sans héritier. Mais que décider s'il a seulement subi une *minima capitis deminutio?* Ici encore je pense que selon le droit civil la condition accomplie n'opère pas. Car, où les dettes pures et simples s'éteignent (n° 182), comment le germe de la dette conditionnelle garderait-il sa force? Une question plus délicate consiste à savoir si ce qui est vrai du côté du promettant est vrai aussi du côté du stipulant. La personnalité juridique de celui-ci venant à changer ou à se perdre, cela empêche-t-il l'effet de la condition ultérieurement accomplie? La pure logique dit oui. Mais en sens contraire ne peut-on pas argumenter de ce que les créances pures et simples subsistent nonobstant tous les événements qui affectent la personnalité du créancier?

(1) Voir, quant à la convention d'hypothèque, la loi 13 § 5, *De pign. et hyp.*, XX, 1); quant à la fidéjussion, la *cautio legatorum* (n° 384); quant à la promesse faite en vue de nover, la loi 8 § 1, *De nov.* (XLVI, 2); quant à la faculté de céder, les lois 17 et 19, *De her. vel act. vend.* (XVIII, 4).

(2) Supposons qu'un fils de famille stipule d'un fidéjusseur *quod postea Titio crediderit*. S'il est émancipé au moment où il réalise e prêt, c'est lui-même qui devient

règle n'est nullement fondée sur une interprétation de volonté : ce qui le prouve péremptoirement, c'est qu'elle conserve toute son application alors même que la condition est précisément celle-ci : *si stipulator emancipatus, alienatus, manumissus fuerit* (L. 40, *De stip. serv.*, XLV, 3) (1); 2° la dette conditionnelle peut faire l'objet d'une acceptilation dont l'effet sans doute demeure provisoirement suspendu, mais qui, si la condition arrive, éteindra le droit à l'instant même de sa formation définitive (L. 42, *De accept.*, XLVI, 4). Aucune décision mieux que cette dernière ne démontre l'effet rétroactif de la condition accomplie, car le débiteur ne peut, nous dit Ulpien, être libéré par une acceptilation antérieure à l'existence de son obligation (L. 13 § 9, *De accept.*) (2); 3° l'enfant émancipé, soumis à la *collatio bonorum*, doit y comprendre ses créances conditionnelles, ce qui implique que la condition une fois réalisée les fera réputer acquises du vivant même du défunt (L. 2 § 3, *De coll.*, XXXVII, 6); 4° le créancier peut, après l'événement de la condition, attaquer par l'action Paulienne les actes frauduleux que le débiteur a faits *pendente conditione* (arg. de la loi 27 pr., *Qui et a quib. man.*, XL, 9). Or de tels actes échapperaient à toute critique, si on les considérait comme antérieurs à l'existence du droit auquel ils préjudicient (3).

créancier de l'emprunteur; car celui-ci n'était pas obligé même conditionnellement. Quant à la fidéjussion qui a été contractée sous la condition du prêt, elle est réputée non avenue; en effet, la rétroactivité de la condition l'empêche d'être acquise au fils, et, d'autre part, elle ne peut pas non plus appartenir au père, puisque celui-ci n'est pas investi de la créance principale (L. 132 § 1, *De verb. obl.*). Par faveur néanmoins on donne au fils une action utile contre le fidéjusseur (L. 47 § 1, *De fid.*).

(1) Les derniers mots de ce texte sont visiblement interpolés.

(2) Il résulte de là, et le texte cité le constate, que l'acceptilation faite d'avance au fidéjusseur qui m'a garanti *quod credidero Titio*, n'empêche pas Titius d'être tenu le jour où il emprunte. Mais elle libère bien le fidéjusseur; car à son égard il y avait obligation conditionnelle.

(3) De ces quatre décisions pas une ne s'applique en matière de legs. Quant à la première, on le sait déjà (nos 324 et 384). Pour la seconde, cela résulte de la loi 13 § 8, *De accept.*, et, pour les deux dernières, des textes mêmes sur lesquels je les appuie. Généralisant, je nie l'effet rétroactif de la condition apposée à un legs (arg. de la loi 15, *De stat. hom.*, I, 5, et de la loi 38 § 3, *De sol.*, XLVI, 3). J'en dis autant de celle qui affecte un acte translatif de propriété. En effet, toute condition contient par la force des choses un terme incertain qui ne saurait s'effacer après coup. Or c'est une règle non douteuse que la propriété transférée *ex die* ne se déplace réellement qu'à l'arrivée du terme et seulement pour l'avenir. Je conclus de là que dans l'intervalle qui s'écoule entre la tradition conditionnelle et l'arrivée de la condition, l'*accipiens* ne peut ni acquérir les fruits ni usucaper (L. 8, *De peric. et comm.*, XVIII, 6). Je rappelle que la donation *mortis causâ* faite entre époux nous offre un cas exceptionnel où l'effet de la condition rétroagit au jour de la tradition (t. I, p. 768, note 1).

Sur la défaillance de la condition, je n'ai rien à dire, si ce n'est qu'elle empêche à jamais la naissance de l'obligation, et qu'elle rend non avenus les effets que le droit conditionnel a pu produire en faveur du créancier.

VI. — DE LA *stipulatio pœnæ* (1).

Lib. III., tit. XV, *De verborum obligatione*, § 7 suite. — Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare quid ejus intersit. Itaque, si quis ut fiat aliquid stipuletur, ita adjici pœna debet : *si ita factum non erit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes ?* Sed si quædam fieri, quædam non fieri, una eademque conceptione stipuletur, clausula hujusmodi erit adjicienda : *si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non erit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes ?*

Dans de telles stipulations il sera excellent d'ajouter une peine, afin que la quantité stipulée ne soit pas incertaine, et que le demandeur n'ait pas besoin de prouver son intérêt. C'est pourquoi, quand on stipule un fait, une peine doit être ajoutée en ces termes : *faute d'exécution de ce fait, me promettez-vous à titre de peine dix sous d'or ?* Que si une même stipulation a pour objet tout ensemble l'exécution de certains faits et l'abstention de certains autres, il faudra ajouter cette clause : *si vous agissez ou si vous vous abstenez contrairement à la stipulation, me promettez-vous dix sous d'or à titre de peine ?*

539. La *stipulatio pœnæ*, dans le sens le plus général, est celle qui ne doit avoir son effet qu'autant que le débiteur fera ou ne fera pas quelque chose. Elle est donc essentiellement conditionnelle, et ce qu'on appelle *pœna* n'est qu'un moyen de contrainte. Cette stipulation

(1) Les interprètes traduisent invariablement *clause pénale*, traduction deux fois inexacte, car cette stipulation, comme toutes les autres, constitue un véritable contrat ; et ce contrat, j'essayerai de le démontrer, n'est pas traité, quoique le mot clause semble l'impliquer, comme le simple accessoire d'un autre contrat. Je reconnais toutefois que cette traduction a été assez naturellement suggérée par le mot *clausula* qu'emploient les Institutes (§ 7 *sup.*, *in fine*). Mais que signifie ce mot ? Dans la langue ordinaire il désigne la dernière partie d'un tout, et à ce point de vue il est ici d'un emploi très exact, si l'on considère que, dans la pensée des parties, la stipulation pénale et celle qui la précède forment les deux parties d'une seule opération. Dans la langue des jurisconsultes, *clausula* désigne aussi une disposition quelconque, même principale (L. 21 pr.; L. 23 § 3; L. 26 §§ 2 et 9 ; L. 28 § 1, *Ex quib. caus. maj.*, IV, 6. — Surtout L. 6, *judic. solv.*, XLVI, 7). Et à ce point de vue encore, les Institutes l'emploient exactement.

se présente sous deux formes dont voici les types : *si Pamphilum non dederis, centum dari spondes ? — Pamphilum dari spondes ? si Pamphilum non dederis, centum dari spondes ?* (L. 115 § 2, *De verb. obl.*). Dans l'une et l'autre hypothèse, ce qui constitue la peine, c'est la somme de cent, et cette somme ne sera due que si le débiteur ne satisfait pas à la condition de donner Pamphile. Mais voici où les deux hypothèses se séparent : dans la première, nous ne trouvons rien de plus que l'obligation conditionnelle ; en donnant Pamphile, le débiteur n'acquitte pas une dette, il use d'une simple faculté (L. 44 § 5, *De obl. et act.*) ; donc aussi, en ne le donnant pas, il fait accomplir la condition sans violer le droit de son créancier. Dans la seconde hypothèse, au contraire, il y a deux obligations : l'une, pure et simple, a pour objet Pamphile ; l'autre, conditionnelle, a pour objet cent. Le débiteur ne fait donc accomplir la condition qu'en manquant à un engagement, et la peine stipulée nous apparaît comme une véritable sanction. Aussi l'emploi du mot *pœna* est-il ici particulièrement exact (1). Cette différence fondamentale engendre une conséquence qui servira à la mettre encore mieux en relief. Si, dans la première hypothèse, l'objet de la peine consiste en une chose hors du commerce ou en un fait impossible, tout est nul ; dans la seconde, au contraire, il n'y a de nul que la stipulation pénale, mais il reste une autre stipulation qui se suffit à elle-même et qui vaut (L. 97 pr. ; L. 126 § 2, *De verb. obl.*). Sur la première hypothèse, celle d'une stipulation pénale principale, je n'ai qu'un mot à dire : c'est qu'elle est absolument et sans contestation régie par les principes généraux des obligations conditionnelles. Je me restreindrai donc à l'examen de la stipulation pénale subsidiaire, qui est aussi celle que visent le plus ordinairement les textes.

540. C'est à propos des obligations de faire et de ne pas faire que les Institutes (§ 7 *sup.*) nous parlent de la stipulation pénale. De telles obligations, je l'ai dit (nº 512), sont toujours incertaines. Si donc elles demeurent sans exécution, le demandeur qui veut obtenir une condamnation se trouve dans la nécessité d'établir qu'un dommage lui a été causé, et, ce qui est plus difficile, il doit justifier du montant de ce dommage. Or c'est là une pure question de fait (L. 24, *De reg. jur.*, L, 17) dont la solution est nécessairement abandonnée à l'arbitraire plus ou moins large du juge (Gaïus, IV, § 51). De là l'usage

(1) Il s'emploie néanmoins dans la première hypothèse (L. 85 § 6, *De verb. obl.*).

de la *stipulatio pœnæ*. Sous le nom de *pœna*, les parties fixent d'un commun accord l'indemnité qui sera due pour inexécution de l'obligation. Elles liquident elles-mêmes et d'avance la condamnation que le juge devra prononcer, et tout dès lors se ramène à l'examen de cette question simple : la peine est-elle due? c'est-à-dire a-t-elle été valablement stipulée, et la condition est-elle accomplie? De cette fonction assignée à la *stipulatio pœnæ* il résulte que son objet consiste presque toujours en argent, et que, si elle est plus particulièrement usitée dans les obligations de faire ou de ne pas faire, elle a aussi son utilité dans toute obligation de donner qui n'a pas pour objet une somme d'argent déterminée (L. 11, *De stip. præt.*, XLVI, 6) (1). Ce sont là des points sans difficulté. Mais sera-ce par cette fonction ordinaire de la stipulation pénale que nous en déterminerons le caractère théorique et les règles? Pour préciser davantage, dirons-nous, comme on l'a fait souvent, qu'elle n'engendre qu'une obligation de dommages-intérêts, par conséquent qu'elle suit comme simple accessoire le sort d'une autre obligation considérée comme principale? Dans ma conviction ce point de vue n'a rien de romain. Mais gardons-nous de l'équivoque. Sans doute la stipulation pénale est subordonnée à l'inexécution du fait compris dans l'obligation qui la précède; et en ce sens il ne me répugnera pas de l'appeler accessoire par opposition à cette autre obligation qui sera principale. Cette réserve faite, je formule ainsi ma doctrine : l'obligation dite principale n'a d'autre valeur ici que celle d'un fait mis *in conditione*, et par conséquent la stipulation pénale n'est gouvernée que par les règles ordinaires des obligations conditionnelles. C'est ce que démontrent deux décisions qu'il suffira de généraliser : 1° quand vous me promettez *Titio dari* ou *Titium daturum*, la nullité de cette promesse, on le sait déjà (n° 524), ne fait aucun obstacle à la validité de la stipulation pénale qui l'accompagne. Or, si celle-ci n'est qu'un accessoire, où est donc le principal? Et comment parler de dommages-intérêts dus pour inexécution d'une obligation qui ne s'est pas formée? Je conclus que la nullité de la première obligation n'entraîne pas par elle-même et forcément nullité de la peine stipulée. Que si néanmoins ce résultat se produit fort souvent, ce n'est que par application des règles relatives aux obligations conditionnelles. Par exemple, la stipulation principale étant contraire aux lois ou aux mœurs, il est visible que

(1) Toutefois cette utilité est moindre, parce que la valeur d'un fait ou d'une abstention est souvent plus difficile à déterminer que celle d'une chose proprement dite.

son inexécution ne saurait former l'objet d'une condition licite, et qu'en conséquence tout est nul (L. 134 pr., *De verb. obl.*). Pareillement, si la stipulation principale a pour objet l'esclave Stichus, et qu'à l'insu des parties Stichus soit déjà mort, la peine n'est pas due (L. 69, *De verb. obl.*) (1). Mais pourquoi cela ? Est-ce parce que la première stipulation manque d'objet ? non, mais plutôt parce que dans la pensée des contractants la condition consiste à ne point exécuter une obligation qu'ils croient valable (2). Si donc ils savent l'un et l'autre que Stichus est mort, la *stipulatio pœnæ* vaut comme subordonnée à la condition de ne pas faire quelque chose d'impossible. En résumé, et d'une manière générale, pour apprécier la validité de la *stipulatio pœnæ*, il faut faire abstraction de l'obligation principale et ne regarder que deux choses : l'objet de cette obligation pouvait-il être mis *in conditione*, et comment les parties ont-elles entendu la condition ? 2° Paul, supposant qu'un esclave promis *sub pœna* vient à être tué par un tiers, décide sans hésiter que dans l'action de la loi Aquilia le débiteur se fera tenir compte du préjudice que le meurtre lui cause (L. 22 pr., *Ad leg. Aquil.*, IX, 2) (3). Or ce meurtre ayant éteint l'obligation de donner l'esclave, en quoi consiste le préjudice, si ce n'est dans l'exigibilité de la peine (4) ? Mais ici encore on cherche en vain de quoi elle serait l'accessoire, et comment l'inexécution d'une obligation entièrement anéantie donnerait lieu à des dommages-intérêts. La décision de Paul s'explique donc seulement par ces deux idées, que la condition est accomplie et qu'il n'y a pas à examiner quelles circonstances en ont déterminé l'accomplissement. Je généralise, et je dis que, toutes les fois que l'exécution de l'obligation principale devient impossible, même sans la faute ni le

(1) Beaucoup d'interprètes, sinon tous, méconnaissant l'erreur que ce texte suppose chez les parties, le généralisent et érigent en principe que la nullité de l'obligation principale emporte nullité de la peine.

(2) C'est également par la volonté des parties que j'explique la nullité de la *stipulatio pœnæ* au cas prévu par la loi 44, *De verb. obl.*

(3) Cette décision implique que l'esclave promis appartenait au débiteur : sinon, celui-ci ne pourrait avoir l'action de la loi Aquilia. Mais sans doute on lui donnerait une action de dol ou une action *in factum* contre le délinquant (arg. de la loi 1 § 3 *in fine*, *De eo per quem*, etc., II, 10).

(4) Pour échapper à la conclusion que je tire de la loi 22, on a imaginé de la rapporter à la stipulation pénale ainsi conçue : *si Pamphilum non dederis, centum spondes ?* Mais cette interprétation fait violence au texte : *servum tradendum sub pœna promisi*, dit Paul ; l'esclave est donc *in obligatione*. Au surplus, Celsus donne dans une autre hypothèse une décision analogue à celle de Paul (L. 67 § 1, *De furt.*, XLVII, 2).

fait du débiteur, la peine n'en est pas moins encourue *ipso jure*, et sous la réserve, s'il y a lieu, d'une exception *doli mali* (ci-dessous note 3).

541. Reste à examiner trois points importants :

1° A quel moment précis la peine est-elle encourue? — La réponse comporte une distinction. Si l'obligation principale a été contractée terme, il suffit qu'elle soit encore inexécutée à l'expiration du term pour que la peine devienne dès lors exigible de plein droit. Quelques jurisconsultes, il est vrai, voulaient qu'un avertissement préalable fût adressé au promettant (1). Mais cette opinion, plus équitable que juridique, paraît n'avoir jamais eu grand crédit, et Justinien la repoussa définitivement par cette raison qu'un débiteur doit garder la mémoire de ses dettes (L. 12, C., *De contr. et comm. stip.*, VIII, 38). Il y a mieux : on n'examine pas si l'inexécution provient d'une négligence blâmable ou d'un accident plus fort que la volonté humaine. Donc, le débiteur fût-il mort et son hérédité encore jacente à l'arrivée du terme, la peine serait due (2) ; car il demeure vrai que la condition s'est accomplie (L. 9, *De naut. fœn.*, XXII, 2. — L. 77, *De verb. obl.*) (3). Que si nous supposons l'obligation principale contractée sans terme, une controverse partageait les jurisconsultes, Sabinus voulant que la peine fût encourue aussitôt qu'en fait l'exécution de l'obligation principale aurait été possible, et Pégasus alors seulement qu'elle ne le serait plus. Cette seconde opinion, plus douce, s'inspirait du principe général d'après lequel une condition de ne pas faire est réputée pendante tant que le fait prévu reste possible (4) ; mais la première prévalut comme plus conforme à l'intention des parties, qui dans l'espèce a été e contraindre le débiteur à une prompte exécution (5), et Papinien la présente comme tout à fait incontestable dans les cas exceptionnels où la peine doit se cumuler avec le principal (L. 115 § 2, *De verb. obl.*).

(1) Une trace de cette opinion se rencontre dans un texte d'Africain qui d'ailleurs la rejette (L. 23, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

(2) Les inconvénients de cette décision peuvent être corrigés par la nomination d'un curateur chargé de payer la dette héréditaire (L. 23 § 3, *De hered. inst* XXVIII, 5).

(3) Cependant les circonstances qui ont empêché l'exécution peuvent en certains cas motiver une exception contre le créancier qui demande la peine. Cela arrive notamment quand elle a pour objet les intérêts d'une somme d'argent (L. 9 § 1, *De usur.*, XXII, 1), et quand elle garantit la promesse *aliquem in judicio sisti* (LL. 2 et 4, *Si quis caut. in jud.*, II, 11. — Paul, I, 13ª § 1).

(4) Cette opinion doit être suivie, le texte précité le constate, lorsque la stipulation est ainsi formulée : *si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?*

(5) Il ne faudrait cependant pas poser en règle absolue que la peine est encourue

2° Une fois la peine encourue, quel est exactement le droit du créancier? — La question est double. On se demande d'abord s'il pourra cumuler le bénéfice des deux obligations, c'est-à-dire se faire payer à la fois le principal et la peine. Mettons à part le cas tout spécial où l'une et l'autre ont pour objet de l'argent; sous le nom de peine, il ne s'agit alors que d'intérêts dus pour le cas de retard, et on peut dire que, le maximum en étant déterminé par la loi (L. 44, *De usur.*, XXII, 1), la peine est toujours faible comparativement au principal. Donc dans cette hypothèse le bon sens voulait qu'on consacrât le cumul, et c'est aussi ce que font les textes (L. 40, *De reb. cred.*, XII, 1. — L. 90, *De verb. obl.*). Sous le bénéfice de cette réserve, le cumul n'est jamais présumé conforme à l'intention des contractants. Mais le créancier est autorisé à proposer la preuve contraire, et il peut la faire résulter soit des clauses du contrat, soit de toutes autres circonstances (L. 115 § 2, *De verb. obl.*) (1). — L'exclusion du cumul amène une seconde question : le créancier peut-il choisir entre le principal et la peine, ou ne peut-il que demander la

au moment même de l'exigibilité de l'obligation principale. Cela est vrai quand cette obligation est à terme, mais non dans le cas contraire. Car on sait qu'une obligation peut être pure et simple nonobstant les difficultés que rencontre actuellement l'exécution (p. 274, note 1).

(1) Quelques interprètes prétendent qu'en matière de transaction le cumul constitue la règle. Pour comprendre la difficulté, il faut supposer que le créancier n'a pas fait acceptilation du droit litigieux sur lequel la transaction intervient. Il a simplement consenti un pacte *de non petendo*, et comme ce pacte laisse subsister le droit *ipso jure*, il a promis une peine pour le cas où il reprendrait l'action par lui abandonnée. Supposons donc qu'il la reprenne en effet : selon les interprètes auxquels je fais allusion, le débiteur pourrait tout à la fois le repousser par une exception et lui demander la peine par l'action *ex stipulatu*. Cette doctrine me paraît nettement condamnée par des textes que je citerai bientôt (p. 305, note 3). En sens contraire on produit, il est vrai, deux lois qui certainement admettent le cumul (L. 16, *De trans.*, II, 15. — L. 17, C., *De trans.*, II, 4). Mais comment s'expriment-elles? La peine a été stipulée, selon l'une, *rato manente pacto*, selon l'autre, *manente transactionis placito*. Cela ne signifie-t-il pas que le cumul a été expressément accordé au stipulant? La même idée peut, si l'on veut, servir à résoudre l'objection tirée d'un texte où l'on voit que la peine est encourue, quoique le maintien du pacte ait été assuré par un jugement (L. 122 § 6, *De verb obl.*). Mais il est possible d'expliquer autrement cette dernière décision : le jurisconsulte dit que la peine est encourue, il ne dit pas qu'elle sera obtenue. Peut-être donc raisonne-t-il en droit pur, faisant abstraction de l'exception de dol par laquelle la demande de la peine pourrait être écartée. En résumé, la transaction ne s'écarte pas du droit commun : le cumul du principal et de la peine n'y forme pas la règle, mais peut-être en fait l'y rencontre-t-on plus souvent que dans tout autre acte. Il est assez naturel, en effet, que le débiteur, qui fait un sacrifice pour obtenir l'abandon du droit litigieux, veuille tout ensemble s'assurer le moyen de repousser la demande du créancier et se procurer l'indemnité du trouble qu'elle lui causerait.

peine? Une distinction me paraît nécessaire si l'on tient à se rendre compte de tous les textes. D'une part, Paul, se plaçant dans l'hypothèse de deux stipulations dont la seconde est pénale, décide expressément que, la condition une fois accomplie, la peine absorbe la première obligation et qu'il s'opère comme une novation (L. 44 § 6, *De obl. et act.*) (1); et Papinien, raisonnant sur une espèce semblable, dit que la peine seule est due (*sola pecunia non soluto homine debetur.* — L. 115 § 2, *in fine*, *De verb. obl.*) (2). D'autre part, quand la stipulation pénale garantit les obligations qui résultent d'un contrat de société ou de vente, nous voyons les jurisconsultes donner au créancier l'option entre le principal et la peine, et même, lorsqu'il a intenté la moins avantageuse des deux actions, lui permettre d'exercer l'autre pour le surplus (LL. 41, 42 et 71 pr., *Pro. soc.*, XVII, 2. — L. 28, *De act. empt.*, XIX, 1). Généralisons, et nous aboutirons à cette conclusion : ou la peine a été stipulée à la suite d'un contrat de bonne foi, et alors le choix est laissé au créancier (3); ou, au contraire, elle a été stipulée à la suite d'un contrat *stricti juris*, et alors elle peut seule être demandée (4). Par exception, lorsqu'elle garantit une stipulation prétorienne, la règle paraît être la même que s'il s'agissait d'un contrat de bonne foi (L. 5, §§ 1 et 2, *Si quis caut.*, II, 11. — L. 4 § 7, *De dol. mal. et met. exc.*, XLIV, 1).

A. 3° La stipulation pénale rend-elle indivisible l'obligation qui la précède, et elle-même présente-t-elle ce caractère? — Il y a là deux questions distinctes, fort débattues par les interprètes. L'une et l'autre, selon moi, doivent se résoudre négativement. Je dis d'abord que l'obligation contractée *sub pœna* ne devient pas pour cela indivisible : si donc l'une des parties meurt laissant plusieurs héritiers, chacun

(1) Qu'il n'y ait pas novation véritable, cela tient, je pense, à ce que la novation exclut le changement d'objet dû, et cela a pour conséquence pratique que la première obligation ne s'éteint pas *ipso jure*, mais seulement *per exceptionem*.

(2) Toutefois, tant qu'il n'y a pas eu *litis contestatio* sur la demande de la peine, le débiteur conserve la faculté de se libérer par l'exécution de l'obligation principale (L. 21 § 12, *De recept. qui arb.*, IV, 8. — L. 115 § 2 *in fine*, *De verb. obl.*).

(3) La peine intervient souvent pour garantir l'observation d'un pacte de remise. En ce cas, le stipulant a également le choix. Il peut, s'il est poursuivi nonobstant le pacte, ou opposer l'exécution *pacti conventi*, et alors faire acceptilation de la peine, ou négliger l'exception et demander la peine (L. 10 § 1, *De pact.*, II, 14. — L. 12 § 2, *De pact. dot.*, XXIII, 4).

(4) Cette généralisation peut s'autoriser, par analogie, de la décision que les textes donnent sur la disposition testamentaire ainsi conçue : *heres meus fundum dato; si non dederit, centum dato* (L. 1 § 8, *Ad leg. Falcid.*, XXXV, 2. — L. 24, *Quand. dies leg.*, XXXVI, 2).

n'est saisi activement ou passivement que pour sa part. Mais à cause du principe de l'indivisibilité des conditions, il faut que l'obligation principale ait été exécutée par tous et à l'égard de tous pour que la peine ne soit pas encourue (L. 25 § 13, *Fam. ercisc.*, X, 2. — L. 18, *De her. vel act. vend.*, XVIII, 4. - L. 3 § 1, *De verb. obl.*) (1). Je dis, en second lieu, que la peine elle-même n'est jamais indivisible à ce seul titre. Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner attentivement le langage des textes. Jamais ils ne recherchent si la peine peut être poursuivie en totalité par ou contre l'un des héritiers. Ils se demandent seulement si l'obligation principale n'étant point exécutée par l'un des débiteurs ou à l'égard de l'un des créanciers, cela n'a d'autre effet que de rendre la peine exigible pour la part et à la charge du contrevenant, ainsi que pour la part et au profit de celui qui souffre de la contravention, ou si au contraire l'action compète pour une part à chaque créancier et contre chaque débiteur. Et c'est en ce dernier sens que la question est tranchée (L. 4 § 1, *De verb. obl.*) (2). Mais il est facile de voir que cette décision est aussi incompatible que le serait la décision inverse avec la prétendue indivisibilité de la peine (3). Voilà quelles sont sur l'une et l'autre question les règles générales. Seulement on y soustrait le cas où l'obligation principale, ayant pour objet de faire ou de ne pas faire un acte juridique divisible, ne pourrait, d'après les principes du droit, être accomplie pour le tout ni par l'un des débiteurs, ni par l'un des créanciers. Telle serait l'obligation de fournir une ratification ou de ne pas intenter une action (n° 516). Ici la condition n'est réputée accomplie qu'à l'égard et pour la part du débiteur qui n'a point exécuté, ou du créancier qui se plaint de l'inexécution : lui seul est tenu ou peut agir (L. 4 § 1, *De verb. obl.*).

(1) L'indivisibilité de la condition produit ici un effet comparable à celui de l'indivisibilité du gage ou de l'hypothèque. Bien que la part de chaque propriétaire de la chose grevée demeure affectée à la dette jusqu'à son entier acquittement, la dette elle-même ne devient pas pour cela indivisible. Cette comparaison est formellement exprimée par les textes (L. 25 § 14, *Fam. ercisc.*, X, 2. — L. 85 § 6, *De verb. obl.*).

(2) Seulement le créancier qui demande sa part de la peine sans avoir souffert de la contravention peut être repoussé par une exception de dol (L. 2 § 6, *De verb. obl.*); et semblablement le débiteur poursuivi à raison de la contravention de son codébiteur est investi d'un recours (L. 25 § 13, *Fam. ercisc.*).

(3) Il y a des interprètes qui font des distinctions. Pour les uns la peine serait indivisible lorsque tel est le caractère de l'obligation principale, elle serait divisible dans le cas contraire. Pour les autres elle serait indivisible en principe, mais on excepterait le cas où elle garantit une stipulation prétorienne.

VII. — DE LA CONDITION RÉSOLUTOIRE.

542. L'obligation sous condition résolutoire est celle qui a dès le jour du contrat une existence certaine, mais qui, d'après la volonté des parties, doit cesser par l'arrivée ou la non-arrivée d'un événement futur et incertain. Telle serait celle-ci : me promettez-vous cent, à moins que tel navire n'arrive? On voit tout de suite qu'une telle condition contient un terme extinctif incertain. La seule différence est celle-ci : on sait d'avance que le terme arrivera, tandis que la condition peut ne pas se réaliser. Il suit de là que le droit civil devait annuler la condition résolutoire comme il annule le terme extinctif, et réputer l'obligation pure et simple. Il en résulte aussi que le préteur devait user du même correctif pour faire prévaloir la volonté des parties sur la rigueur du droit. Si donc, dans l'espèce précédemment posée, le créancier forme sa demande après l'arrivée du navire, il se verra repoussé par l'exception *pacti conventi* ou par l'exception de dol (L. 44 § 2, *De obl. et act.*, XLIV, 7). Toutefois ce correctif ne suffit pas toujours en notre matière : en effet, le créancier a pu agir avant l'arrivée de la condition résolutoire. Que décider donc si elle ne se réalise qu'après le payement? Bien que la question ne soit pas expressément prévue dans les textes, il n'est guère douteux que le débiteur puisse répéter en se fondant sur ce que la cause de son obligation a cessé d'exister (L. 1 § 2, *De cond. sine caus.*, XII, 7).

Reste à présenter une observation dont l'importance n'apparaîtra que plus tard (nº 614) : c'est que d'après le droit civil lui-même la condition résolutoire affecte valablement un contrat de vente, et probablement aussi un contrat consensuel quelconque. Mais il faut qu'elle porte sur le contrat tout entier, et non pas seulement sur l'une des obligations qu'il engendre. Quant au motif logique de cette doctrine, il n'y a pas lieu de le chercher dans le caractère de bonne foi qui appartient à ces contrats, car elle n'est pas vraie des autres contrats de bonne foi. Elle tient plus vraisemblablement à ce que les contrats consensuels se résolvent, tant qu'ils n'ont reçu aucune exécution, par un accord de volontés en sens contraire de celui qui les a fait naître (nº 709). Or pourquoi cet accord de volontés ne pourrait-il pas avoir lieu d'avance et être subordonné à une condition?

DE L'ALTERNATIVE (1).

543. Voici deux types d'obligation alternative : *Decem aut Stichum, utrum ego velim,* ou *utrum tu velis, dare spondes?* Dès à présent l'existence de l'obligation est certaine ; dès à présent aussi, on sait qu'elle a pour objet, ou la somme de dix, ou l'esclave Stichus. Mais lequel des deux précisément? Pour le savoir, il faut attendre que celui à qui le choix appartient se soit prononcé. Je définis donc l'obligation alternative celle qui a pour objet l'une de deux ou de plusieurs choses au choix de l'un des contractants (L. 44 § 3, *De obl. et act.*) (2). Cette définition contient quatre propositions incontestables : 1° l'obligation, bien qu'alternative dans la forme, est pure et simple en réalité, lorsque des divers objets désignés il n'y en a qu'un qui puisse être valablement stipulé (L. 128, *De verb. obl.* — L. 72 § 4, *De solut.*, XLVI, 3) ; 2° si l'alternative comprend une chose et un fait, ou si elle comprend un corps certain et un genre, la nature de l'obligation reste indécise jusqu'à l'exercice de l'action ; 3° ce n'est pas exécuter l'obligation alternative que de donner une part de chacune des choses sur lesquelles elle porte : il faut donner ou l'une ou l'autre entièrement. D'où il ressort que, lorsqu'il y a pluralité de créanciers ou de débiteurs, ceux à qui le choix appartient, que ce soient les créanciers ou les débiteurs, doivent s'entendre sur la façon de l'exercer (L. 26 § 14, *De cond. ind.*, XII, 6. — L. 2 § 1, *De verb. obl.* — L. 34 § 10, *De sol.*, XLVI, 3) (3) ; 4° si les deux choses comprises dans l'alternative ont été livrées par erreur, il y en a une qui peut être répétée comme indûment payée, à moins que l'une des deux n'ait péri entre les mains du créancier et sans son fait (L. 32 pr., *De cond. ind.*).

J'ai dit que le choix appartient à l'un des contractants. Mais auquel? Pour répondre, il n'y a qu'à examiner la formule de la stipulation. Est-elle ainsi conçue : *Stichum aut Pamphilum dare spondes?* c'est le débiteur qui choisit. Ce serait, au contraire, le créancier, s'il

(1) On trouve l'expression *rerum alternatio* (L. 2 § 3, *De eo quod cert. loc.*, XIII, 4).

(2) J'ai signalé précédemment un remarquable exemple d'obligation alternative (t. I, p. 776, note 3).

(3) Mais l'obligation n'est pas pour cela indivisible (L. 85 § 4, *De verb. obl.*).

avait stipulé en ces termes : *Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dare spondes?* En un mot, le choix est laissé au débiteur toutes les fois que le contrat ne l'attribue pas expressément au créancier, et en décidant ainsi on ne fait qu'appliquer une règle générale d'interprétation (n° 499)(1). En dehors de l'avantage de fait, souvent considérable, qui peut être attaché à la faculté de choisir, il importe juridiquement de savoir à qui elle appartient : 1° quand le choix est laissé au débiteur, l'obligation, je l'ai déjà dit (n° 512), est nécessairement *incerta*, ce qui signifie que la formule d'action délivrée contre lui ne doit pas déterminer l'objet demandé ; sinon, le créancier, pris dans le piège de la *plus petitio*, succombe, et n'est pas recevable à intenter une nouvelle action (Inst., § 33, *De act.*, IV, 6). Lorsqu'au contraire c'est à lui-même que le choix a été attribué, il faut regarder si chacune des choses comprises dans l'alternative se prête à devenir l'objet d'une obligation certaine : si oui, la formule d'action a une *intentio certa*, et le choix qu'elle exprime devient immédiatement définitif (L. 66, *De proc.*, III, 3) ; si non, la rédaction de la formule dépend de la nature de la chose que le créancier entend choisir, et en ce cas son option peut s'exercer devant le juge, comme le peut toujours celle du débiteur (2) ; 2° supposons que l'une des deux choses ait été livrée pour partie. Si le choix a été donné au créancier, cette tradition partielle a pour effet de déterminer l'objet de l'obligation. Elle a donc la valeur d'un commencement d'exécution, et elle libère d'autant le débiteur. Si, au contraire, le choix appartient à ce dernier, il reste libre de livrer le surplus de la même chose ou de livrer l'autre en reprenant ce qu'il a donné (3). En d'autres termes, cette tradition partielle laisse en suspens la question de

(1) Quand l'alternative affecte un legs *per vindicationem*, on suit une règle inverse (L. 19, *De leg.* 2°, XXXI).

(2) Supposons que la partie investie du droit de choisir se soit prononcée avant toute poursuite. Lui permettra-t-on de revenir sur sa volonté, tant qu'il n'y aura pas eu exécution ? A l'égard du débiteur, l'affirmative me paraît probable (L. 19 *De leg.* 2°, XXXI). Quant au créancier, on résout la question par une distinction un peu subtile fondée sur les termes mêmes dans lesquels il s'est réservé le choix. A-t-il stipulé *quem volam*, sa volonté une fois manifestée est définitive. A-t-il stipulé *quem voluero*, il peut changer de volonté jusqu'à la *litis contestatio* ou au payement (L. 112 pr., *De verb. obl.*). Du reste, une fois que son option est irrévocable, elle a pour effet de rendre immédiatement l'obligation pure et simple (L. 95 pr., *De sol.*, XLVI, 3).

(3) Une décision toute différente est donnée dans l'hypothèse d'une acceptilation qui aurait pour objet la moitié de l'une des deux choses (L. 17, *De accept.*, XLVI, 4).

savoir s'il est libéré pour partie ou s'il ne l'est pas du tout, et cette question ne sera résolue que lorsqu'il aura usé de l'une des deux voies qui lui sont ouvertes; par conséquent, le créancier qui voudrait poursuivre agirait par une formule *incerta*, comme s'il n'avait rien reçu (L. 26 § 13, *De cond. ind.*, XII, 6) ; 3° supposons que les deux objets aient été payés par erreur. La *condictio indebiti*, ai-je dit, compète au débiteur. Mais quel est l'objet qui lui sera restitué? Si le contrat donnait le choix au créancier, il le conserve. Sur ce point, nul doute. Mais dans l'hypothèse inverse, il y eut dissidence entre les jurisconsultes, et Justinien décida fort sagement que le débiteur répéterait à son gré l'une des deux choses (L. 10, C., *De cond. ind.*, IV, 5). Telle avait été, nous dit-il, l'opinion de Julien et de Papinien, tandis que Celsus, Marcellus et Ulpien (1) accordaient invariablement le choix au créancier. Cette dernière opinion, étroitement logique, partait de l'idée que le créancier, en recevant les deux choses, était devenu lui-même débiteur sous une alternative, et qu'en conséquence le choix lui appartenait comme ne lui ayant été retiré par aucune convention expresse. Mais l'opinion qui prévalut s'inspirait d'une raison plus haute, en ce qu'elle replaçait exactement le débiteur dans la situation où il se trouvait les choses étant encore entières ; 4° enfin, l'attribution du choix n'est pas non plus indifférente quand il s'agit de déterminer les conséquences qu'entraîne la perte des deux choses comprises dans l'alternative ou de l'une d'elles. Mais cette matière exige des développements spéciaux.

544 *a*. Je raisonnerai principalement sur l'hypothèse de la perte d'une seule des deux choses; et des solutions qu'elle comporte je déduirai accessoirement celles qu'il faut donner quand les deux choses périssent l'une après l'autre.

Supposons d'abord le choix laissé au débiteur. Si la perte résulte de son propre fait, l'obligation devient toujours pure et simple; car il s'est mis lui-même dans la nécessité de donner la chose qui reste : en détruisant l'autre, il a exercé et consommé son droit d'option. Que si la perte est arrivée par cas fortuit, la même décision s'impose encore, et à bien plus forte raison; mais elle souffre exception lorsque le créancier était en demeure de recevoir la chose qui a péri : ici l'obligation, au lieu de devenir pure et simple, s'éteint, et cela

(1) L'opinion de ces jurisconsultes a été maladroitement conservée dans une loi du Digeste (L. 26 § 13 *in fine*, *De cond. ind.*)

par application de la règle générale qui met les risques à la charge de la partie en demeure (L. 105, *De verb. obl.*) (1). Sous le bénéfice de cette réserve, il semble que la perte fortuite et la perte qui est l'œuvre du débiteur se confondent par l'identité des résultats pratiques. Or il n'en est rien, on va s'en convaincre en parcourant les principales conséquences de cette idée que l'obligation est devenue pure et simple. Ces conséquences sont les mêmes en droit pur; mais on les corrige, quand cela est nécessaire, pour empêcher que le débiteur ne souffre du cas fortuit, ou le créancier du fait du débiteur. Les voici : 1° dans l'un et l'autre cas, le créancier peut demander déterminément la chose qui reste et ne peut demander que cela. Mais il est vraisemblable que dans l'hypothèse d'un cas fortuit, le débiteur est admis à offrir le prix de la chose détruite à la place de celle qui existe encore : son obligation est donc facultative. Telle est la doctrine qui paraît ressortir d'un texte un peu obscur de Papinien (L. 95 § 1, *De sol.*, XLVI, 3); et Ulpien (L. 47 § 3, *De leg.* 1°, XXX) l'exprime avec une parfaite clarté, mais sous une forme dubitative d'où l'on peut conclure à une controverse (2). Tout au contraire, quand la perte résulte du fait du débiteur, il doit absolument donner la chose qui reste, ou se voir condamné à en payer la valeur ; 2° dans l'un et l'autre cas, la seconde chose venant ensuite à périr par cas fortuit, l'obligation engendrée par la stipulation se trouve entièrement éteinte. Mais cela signifie-t-il que le

(1) Il n'y aurait pas extinction de l'obligation si la chose périssait par le fait du créancier. Ce fait, à l'exemple du fait d'un tiers, est traité comme cas fortuit, et voici à quoi cela conduit : le créancier conserve le droit de demander la chose qui subsiste encore ; mais d'un autre côté, par l'action de la loi Aquilia, il doit tenir compte au débiteur de tout l'intérêt que celui-ci pouvait avoir à s'acquitter en donnant la chose aujourd'hui détruite. Si donc elle ne valait que dix et que la chose qui reste vaille vingt, c'est cette dernière somme qui servira de base à la condamnation : car c'est celle que le débiteur est obligé de débourser pour se libérer, tandis que, sans le fait du créancier, il se fût tiré d'affaire en donnant dix (L. 55, *Ad leg. Aquil.*, IX, 2). Mais, dira-t-on, pourquoi ne pas décider plus simplement que le créancier, en détruisant l'une des deux choses, libère le débiteur? Je réponds que le résultat ne serait pas le même : dans notre espèce, en effet, si le créancier délinquant nie le délit, c'est la somme de vingt que le juge devra doubler. Et indépendamment de toute dénégation, en supposant que dans l'année ou dans le mois qui ont précédé le délit la chose détruite ait eu une valeur supérieure à vingt, c'est cette valeur qui fera l'objet de la condamnation (n° 680).

(2) En effet, l'opinion contraire apparaît plus ou moins nettement dans deux textes de Paul (L. 55, *Ad leg. Aquil.*, IX, 2. — L. 34 § 6, *De contr. empt.*, XVIII, 1). On a cru la trouver aussi dans une décision de Scévola rapportée par Ulpien (L. 2 § 3, *De eo quod cert. loc.*, XIII, 4).

débiteur soit libéré? Oui, lorsque la perte de la première chose ne lui est pas imputable. Dans le cas contraire il est tenu, selon les circonstances, d'une action *de dolo* ou d'une action *in factum* fondées sur ce qu'il n'a pas pu détruire impunément le droit de son créancier (L. 95 § 1, *De sol.*); 3° dans l'un et l'autre cas, enfin, si la seconde chose périt ultérieurement par le fait du débiteur, elle reste due comme si dès l'origine elle avait été l'objet d'une obligation pure et simple. Mais en la supposant de valeur inférieure à celle qui a péri la première, le créancier peut-il exiger la différence? Il ne le peut pas lorsque la première a péri fortuitement; dans le cas contraire, j'estime qu'il faut lui donner une action *de dolo* ou une action *in factum*, car il peut dire à son débiteur : si vous n'aviez pas fait disparaître la première chose, vous pourriez me la donner aujourd'hui.

Passons au cas où le contrat attribuait le choix au créancier. Ici je distingue trois hypothèses : 1° la perte arrive par cas fortuit. En principe, l'obligation devient pure et simple et ne porte plus que sur la chose qui reste, de sorte que, celle-ci venant à périr plus tard, on appliquera les mêmes règles que si elle avait été dès l'origine l'objet déterminé et exclusif de la dette. Mais tout ceci suppose que le débiteur n'était pas en demeure de livrer la chose atteinte par le cas fortuit : sinon, comme son obligation, déjà devenue pure et simple, avait pour objet certain la chose aujourd'hui détruite, cette chose reste seule due même après qu'elle a cessé d'exister (L. 95 pr., *De sol.*) ; 2° la perte résulte du fait du créancier. Cela vaut exercice de son droit d'option, et le débiteur est libéré ; 3° enfin, la perte résulte du fait du débiteur. Ici les principes veulent que le créancier demande à son gré ou la chose qui a péri ou celle qui subsiste. Que si cette dernière périt elle-même, il faudra distinguer : périt-elle par le fait du débiteur, le créancier conserve son option ; périt-elle par cas fortuit, il ne peut plus demander que la première.

545 *a*. L'obligation alternative au choix du débiteur présente une certaine ressemblance avec une autre espèce d'obligation qu'on appelle facultative. Il y a obligation facultative quand la dette a pour objet telle chose, par exemple un esclave, et que néanmoins la loi ou le contrat permettent au débiteur de se libérer *ipso jure* en en donnant une autre, par exemple une somme d'argent (1). La nature de l'o-

(1) On a déjà rencontré un exemple d'obligation facultative (t. II, p. 305, note 2. — N° 543). On en trouvera d'autres en étudiant la vente (LL. 2 et 8, C., *De*

bligation ne se trouve en rien modifiée par cette faculté : un seul objet est dû; et cet objet est dès à présent déterminé, en ce sens qu'il ne dépend en aucune façon de la volonté du débiteur. C'est là la différence essentielle qui sépare l'obligation facultative de l'obligation alternative, et elle engendre plusieurs différences secondaires : 1° si l'objet mis *in obligatione* ne peut pas être valablement stipulé, tout est nul; 2° on sait toujours immédiatement si l'obligation est une obligation de faire ou de donner, et dans ce dernier cas si elle a pour objet un corps certain ou un genre. En d'autres termes, son caractère se détermine par la nature de la chose mise *in obligatione*, quand même le débiteur userait de la *facultas solutionis;* 3° la question de savoir si le créancier peut donner une *intentio certa* à sa formule d'action est indépendante de la nature de la chose mise *in facultate solutionis;* 4° la perte fortuite de l'objet dû entraîne pleine libération, à moins que le débiteur ne soit en demeure; 5° enfin, il peut impunément détruire la chose placée *in facultate solutionis*.

DE LA MODALITÉ APPELÉE *accessio*.

Lib. III, tit. XIX, *De inutilibus stipulationibus*, § 4, suite. — Plane solutio etiam in extranei persona conferri potest, veluti si quis ita stipuletur : *mihi aut Seio dare spondes?* ut obligatio quidem stipulatori adquiratur, solvi tamen Seio, etiam invito eo, recte possit; ut liberatio ipso jure contingat, sed ille adversus Seium habeat mandati actionem.

Toutefois la faculté de recevoir le payement peut être attribuée même à un étranger, par exemple si l'on stipule ainsi : *promettez-vous de donner à moi ou à Seius?* En ce cas l'obligation est acquise au stipulant, mais le payement peut être fait, même malgré lui, à Séius, et cela de telle façon que le débiteur se trouve libéré de plein droit, mais que le créancier ait l'action de mandat contre Séius.

546. Supposons avec les Institutes (§ *4 sup.*) une stipulation ainsi conçue : *spondes dare mihi aut Seio?* Même en s'attachant à l'interprétation la plus littérale, il est impossible de me dénier l'intention de devenir personnellement créancier, de le devenir pour le tout. Mais alors que signifie cette désignation de Séius? A moins

resc. vend., IV, 44. — n° 604), l'action hypothécaire (L. 16 § 3, *De pign. et hyp.*, XX, 1. — N° 821) et l'action noxale (L. 6 § 1, *De re jud.*, XLII, 1).

de la réputer inutile, il faut y voir, et c'est ce que l'on fait, l'expression brève d'une convention destinée à faciliter tout à la fois le recouvrement de la créance et la libération du promettant. Séius est chargé de recevoir le payement, et du même coup le débiteur est autorisé à s'acquitter entre ses mains, s'il n'aime mieux payer directement au stipulant. C'est cette convention qu'on appelle *accessio*, et le tiers ainsi désigné est qualifié *adjectus solutionis gratia* (1).

La personne de l'*adjectus* est nécessairement distincte de celle du créancier. Cette proposition presque naïve conduit à décider qu'un maître ne peut figurer à ce titre dans les stipulations de son esclave, non plus qu'un père de famille dans celles de son fils, à moins que celui-ci ne stipule *ex peculio castrensi* (L. 95 § 5, *De sol.*, XLVI, 3). Cette réserve faite, toute personne, *sui juris* ou *alieni juris*, est apte à jouer le rôle d'*adjectus*, et il n'importe, quand il s'agit d'une personne *alieni juris*, qu'elle soit sous la puissance du stipulant lui-même ou d'un tiers (L. 56 § 2, *De verb. obl.*).

Que s'il faut déterminer juridiquement le caractère de l'*adjectus*, je dirai d'abord qu'il n'est pas un créancier, qu'il ne l'est ni dans ses rapports avec le stipulant, ni dans ses rapports avec le promettant, car il n'a pas figuré au contrat. Comme corollaire, il ne peut ni poursuivre, ni nover, ni faire une remise, ni en un mot disposer de la créance (L. 10, *De sol.*) (2). Qu'est-il donc ? un mandataire dont les pouvoirs se bornent à recevoir un payement volontaire (3). Et de cette qualité de mandataire je conclus : 1° qu'il n'est pas tenu d'accepter la mission qui lui est conférée, mais qu'en l'acceptant il s'oblige selon les règles du mandat ; 2° que s'il est *alieni juris* ou en tutelle, le payement ne peut jamais être fait qu'à lui-même, non au père, au maître ou au tuteur (L. 9 pr. ; L. 11 ; L. 95 § 7, *De sol.*) ; 3° que ses pouvoirs ne se transmettent pas à ses héritiers (L. 55, *De verb. obl.* — L. 81 pr., *De sol.*) ; 4° qu'ils cessent par sa *capitis de-*

(1) Cette expression est tirée d'un texte de Papinien (L. 95 § 5, *De sol.*). Un autre texte, qui appartient à Gaius, dit simplement *adjectus* (L. 28 pr., *De stip. serv.*, XLV, 3).

(2) Par une suite de la même idée, l'*adjectus* qui stipulerait d'un fidéjusseur ferait un acte nul, et plus généralement il n'a pas qualité pour recevoir des sûretés accessoires (L. 23, *De fid.*, XLVI, 1. — L. 33, *De pign. et hyp.*, XX, 1. — L. 7 § 1, *De pec. const.*, XIII, 5).

(3) Quand l'*adjectus* est un esclave, ou qu'il se trouve à un autre titre sous la puissance du stipulant, il n'y a plus véritablement mandat. Mais il y a toujours un pouvoir soumis à des règles semblables.

minutio. Telle était du moins la conséquence rigoureuse des anciens principes (t. I, p. 438, note 1), et telle est aussi la doctrine que professe sans aucune hésitation le jurisconsulte Africain (L. 38 pr., *De sol.*) Mais Julien (L. 56 § 2, *De verb. obl.*) et Papinien (L. 95 § 6, *De sol.*). la rejettent, et il est certain qu'elle dut disparaître lorsque la *capitis deminutio* cessa de compter parmi les causes d'extinction du mandat (1).

Le caractère assigné à l'*adjectio solutionis gratia* doit-il nous conduire à lui appliquer sans réserve toutes les règles du mandat? Cette manière de voir, ne fût-elle pas condamnée par des textes formels, serait bien difficile à accepter; car la désignation de l'*adjectus* fait partie intégrante du contrat, et peut-être en a-t-elle déterminé la conclusion. Tout naturellement donc, l'*adjectio*, à la différence d'un mandat donné après coup, doit emprunter l'irrévocabilité de la stipulation dont elle n'est qu'une clause, et telle est, en effet, la décision expresse de Gaius (L. 106, *De sol.*) (2). D'où je déduis que le payement fait entre les mains de l'*adjectus* contrairement à la défense du créancier n'en est pas moins libératoire de plein droit (§ 4 *sup.* — L. 12 § 3, *De sol.*), et que l'*adjectus*, une fois qu'il a accepté sa mission, ne peut plus y renoncer. Cette dernière décision, il est vrai, n'est pas écrite dans les textes; mais elle résulte de ce principe que le mandataire n'est pas libre de modifier le mandat : ou il le répudie absolument, ou il l'accepte tel qu'on le lui offre, et ici on le lui offre irrévocable. J'ajoute qu'une fois la dette échue, le créancier qu veut faire cesser les effets de l'*adjectio* n'a qu'à exercer son action contre le débiteur; et dès qu'il y aura *litis contestatio*, l'extinction de l'obligation *ex stipulatu* entraînant extinction du mandat qui l'accompagnait, le débiteur n'échappera à la condamnation que par un payement fait au créancier lui-même (L. 16 pr., *De fid.*, XLVI, 1. — L. 57 § 1, *De sol.*) (3).

(1) C'est encore parce que l'*adjectus* n'est qu'un mandataire que la *condictio indebiti* résultant de payements par lui reçus se donne, non contre lui-même, mais bien contre le créancier (L. 34 pr.; L. 59, *De sol.*).

(2) J'explique par cette irrévocabilité de l'*adjectio* l'antithèse qu'Ulpien (L. 12 § 1, *De sol.*) établit entre elle et le mandat. Ce n'est pas un mandat ordinaire, voilà toute la pensée du jurisconsulte.

(3) L'*accessio* dont je viens de développer les règles est appelée par Paul *accessio personæ* (L. 44 § 4, *De obl. et act.*). Dans le même texte ce jurisconsulte suppose que j'ai stipulé dix pour moi ou un esclave pour Titius. Dans cette hypothèse, qu'il appelle *accessio rei*, et qui n'est qu'une combinaison de l'alternative et de l'*adjectio*,

DES STIPULATIONS ET PROMESSES CORRÉALES.

SOMMAIRE : I. De la forme des stipulations et promesses corréales. Caractères généraux de la corréalité. — I. Rapports des *correi stipulandi* avec les débiteurs, et des *correi promittendi* avec le créancier. — III. Rapports des *correi* entre eux. — IV. Des sources de la corréalité en dehors de la stipulation. — V. La corréalité distinguée de l'indivisibilité et de la simple solidarité.

I. — DE LA FORME DES STIPULATIONS ET PROMESSES CORRÉALES. CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE LA CORRÉALITÉ.

Lib. III, tit. XVI, *De duobus reis stipulandi et promittendi*, pr. — Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat *spondeo*, utputa quum, duobus separatim stipulantibus, ita promissor respondeat : *utrique vestrum dare spondeo;* nam si prius Titio spoponderit, deinde, alio interrogante, spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt : *Mævi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?* si respondent singul separatim : *spondeo.*

Deux ou plusieurs personnes peuvent être parties dans la même stipulation ou dans la même promesse. Dans la même stipulation, lorsque toutes ayant interrogé, le promettant répond : *spondeo ;* par exemple, deux personnes stipulent séparément et le promettant répond en ces termes : *je promets à chacun de vous de donner.* En effet, s'il promet d'abord à Titius, et que la seconde interrogation venant ensuite, il y réponde également, il y a deux obligations, et l'on n'admet pas de corréalité entre les créanciers. Deux ou plusieurs personnes sont parties dans une même promesse, lorsqu'on les interroge ainsi : *Mævius, promets-tu de donner cinq sous d'or ?* et que chacune répond : *je le promets.*

§ 2. — Ex duobus reis promittendi alius pure, alius in diem vel sub conditione obligari potest, nec im-

De deux copromettants l'un peut être obligé purement et simplement, l'autre à terme ou sous condition;

on se demandait si le payement de l'esclave fait entre les mains de Titius emportait libération *ipso jure*. Pourquoi ce doute ? parce que l'esclave, ne pouvant être donné qu'à Titius qui n'avait pas la qualité de créancier, n'était pas réellement *in obligatione*. En le livrant, le débiteur ne faisait donc qu'une *datio in solutum*. Or il n'y a que ceux qui assimilaient cette opération au payement qui pussent dans notre hypothèse admettre la libération *ipso jure*. Telle était donc probablement la doctrine des Sabiniens (Gaius, III, § 168. — L. 34 § 2, *De sol.*, XLVI, 3).

pedimento erit dies aut conditio quominus ab eo qui pure obligatus est petatur.	et malgré ce terme ou cette condition, celui dont l'obligation est pure et simple peut être poursuivi tout de suite.

547. Dans la stipulation telle que je l'ai envisagée jusqu'à présent, et telle qu'on la rencontre dans les cas les plus ordinaires, il n'y a qu'un seul stipulant et qu'un seul promettant. Mais il est possible que plusieurs personnes y jouent le même rôle, ou celui de créanciers, ou celui de débiteurs, qu'elles le jouent chacune pour le tout et d'une manière principale. Les textes disent alors qu'il y a plusieurs *rei stipulandi* ou plusieurs *rei promittendi* (pr. *sup.*) ; plus rarement ils emploient le mot *correi* (L. 3 § 3, *De lib. leg.*, XXXIV, 3), d'où nous avons tiré les expressions *obligation corréale* et *corréalité*, véritables barbarismes, mais barbarismes nécessaires ; car nos mots *solidarité* et *solidaire* ne rendraient pas avec exactitude des idées que notre droit n'a pu accueillir qu'en leur faisant subir les transformations les plus profondes.

Fidèles à leurs habitudes de précision formaliste, les Romains devaient imaginer ici un mécanisme assez net pour prévenir toute confusion et mettre la volonté des parties hors de doute. S'agit-il de donner naissance à la corréalité active : les deux créanciers font successivement leur interrogation ; l'un dit : *spondes dare decem aureos ?* l'autre : *spondes dare eosdem decem aureos ?* puis le débiteur répond : *spondeo utrique vestrum*, ou même plus simplement *spondeo*. Est-ce au contraire la corréalité passive qu'on veut faire naître, le créancier interroge successivement chaque débiteur : *Mævi, spondes dare decem aureos ? Sei, spondes dare eosdem quinque aureos ?* ou leur adresse cette interrogation collective : *spondetis ?* et ils répondent chacun *spondeo*, ou tous ensemble *spondemus* (pr. *sup.* — L. 4, *De duob. reis*, XLV, 2). Ainsi la corréalité active suppose autant d'interrogations qu'il y a de stipulants et une seule réponse, mais cette réponse ne doit venir qu'après toutes les interrogations. Quant à la corréalité passive, elle suppose autant d'interrogations et autant de réponses qu'il y a de promettants, mais il faut que toutes les interrogations précèdent toutes les réponses (1).

(1) On reconnaît unanimement que si le débiteur répond à l'un des costipulants avant d'avoir été interrogé par l'autre, il se forme, non pas une seule créance corréale, mais bien deux créances distinctes donnant lieu, au moins en principe, à

L'application de ces formes exige manifestement la présence de tous les stipulants ou de tous les promettants en un même lieu (1) et au même moment (2). Car en quelque nombre qu'ils soient, il n'y a qu'un contrat. C'est là une gêne sans doute, mais de grands avantages la compensent : 1° jamais on ne pourra se demander si la créance ou la dette se divise entre les divers stipulants ou les divers promettants. Car il est visible que chacun a stipulé ou promis le tout (3) ; 2° jamais non plus on ne sera tenté de prétendre que l'un d'eux ait stipulé ou promis à titre accessoire. Car ils ont tous contracté au même titre et sur un pied de parfaite égalité ; 3° enfin,

deux payements : sur ce point les Institutes (pr. *sup.*) sont tout à fait explicites. Donc, par analogie, la même solution s'impose lorsque l'un des copromettants répond à l'interrogation qui lui est adressée sans attendre que les autres aient été interrogés. Cependant, comme les Institutes sont ici un peu moins formelles, on a prétendu que cette intercalation des réponses entre les interrogations n'empêche pas la formation de la corréalité passive. Outre les arguments que cette doctrine puise dans des textes qui n'ont rien de décisif ou dont elle altère le sens (L. 7 § 1, *De auct. et cons. tut.*, XXVI, 8. — L. 3 pr. ; L. 9 § 2, *De duob. reis*), elle s'appuie sur le raisonnement suivant : une obligation peut être garantie après coup par un fidéjusseur, donc aussi la corréalité passive peut être établie, quel que soit l'intervalle qui sépare les deux engagements. Or, ou je m'abuse, ou c'est le raisonnement contraire qui est vrai : le fidéjusseur, dirai-je, peut s'engager après coup, donc le *correus promittendi* ne le peut pas. Décider autrement, c'est admettre la possibilité d'une confusion tout à fait contraire à l'esprit général du droit romain, qui consiste à avoir une forme particulière pour chaque résultat à obtenir. Du reste, alors même que plusieurs dettes ou plusieurs créances naissent, le payement fait par l'un des débiteurs ou à l'un des créanciers doit fournir une exception aux autres ou contre les autres, si telle a été l'intention des contractants.

(1) Pour soutenir que deux *correi promittendi* peuvent s'engager en des endroits différents, on allègue un texte mal compris de Papinien (L. 9 § 2, *De duob. reis*). Le jurisconsulte suppose que deux *correi* ont promis de donner *ex diversis locis Capuæ pecuniam*. Mais cela signifie que l'un doit faire venir l'argent de Rome par exemple, et l'autre de Carthage, et non pas que l'un ait promis à Rome et l'autre à Carthage. Papinien cite cette hypothèse afin de montrer que la durée du terme tacite n'est pas nécessairement la même pour chaque *correus*.

(2) Il n'importe toutefois qu'un léger intervalle sépare les réponses des divers *correi promittendi* : il suffit que la dernière soit assez rapprochée de l'interrogation pour que la continuité exigée dans toute stipulation ne fasse pas défaut (L. 6 § 3; L. 12 pr., *De duob. reis*). De même évidemment, quand il s'agit de corréalité active, il n'est pas nécessaire que les diverses interrogations se succèdent sans le moindre intervalle.

(3) Le doute est impossible en présence de l'acte lui-même ; mais il peut naître de l'écrit qui constate l'acte. Il y est dit, par exemple, que deux personnes déterminées ont stipulé ou promis cent. Cela signifie-t-il que chacune a stipulé ou promis cette somme tout entière, ou seulement qu'il y a eu deux stipulations ou deux promesses distinctes ayant l'une et l'autre pour objet cinquante ? Cette seconde interprétation est préférée (L. 11 §§ 1 et 2, *De duob. reis*).

comme ils ont évidemment voulu être tous ensemble ou créanciers ou débiteurs, il ne sera pas non plus possible de soutenir que l'une de ces stipulations ou promesses ait été novée par l'autre (1).

548. Par les explications qui précèdent, la corréalité nous apparaît avec deux caractères essentiels : elle implique pluralité de liens principaux, et ces divers liens s'appliquent tous à un seul et même objet. La pluralité de liens est une conséquence forcée de la pluralité des sujets actifs ou passifs, et le caractère principal de chacun de ces liens résulte de ce que l'ensemble des interrogations précède invariablement la réponse ou les réponses. Quant à l'identité d'objet, la conception même des interrogations et des réponses l'accuse avec évidence : chaque créancier stipule *idem*, chaque débiteur promet *idem*. Ces deux caractères vont nous permettre de compléter les notions relatives à la formation de l'obligation corréale.

Et d'abord, ai-je dit, la corréalité implique pluralité de liens principaux : à ce point de vue, on sera dans le vrai si on la considère comme contenant autant d'obligations distinctes qu'il y a de stipulants ou de promettants (L. 5, *De fid.*, XLVI, 1. — L. 93 § 2, *De sol.*, XLVI, 3). Mais il faut aller plus loin : ces diverses obligations, par cela même qu'elles présentent toutes un caractère principal, sont indépendantes les unes des autres en ce qui concerne la possibilité et les conditions de leur formation. Cette proposition résulte d'un texte très précis (L. 9 § 2 *in fine, De duob. reis*), et quelques décisions vont la mettre en pleine lumière : 1° supposons que l'un des stipulants n'obtienne pas de réponse, ou que l'une des personnes interrogées se taise. Cela empêche-t-il l'obligation de se former au profit de ceux qui ont reçu une réponse ou à la charge de ceux qui ont répondu? En aucune façon. Seulement nous aurons un *correus* de moins, et même, s'il n'y a qu'une interrogation qui ait été suivie de réponse, nous nous trouverons en présence d'une stipulation

(1) Le doute ne serait-il pas possible dans l'hypothèse spéciale de deux *correi promittendi* qui répondent l'un après l'autre? Ne pourrait-on pas soutenir que la dernière réponse a dû nover et absorber en elle l'obligation déjà née de la première réponse? La question est résolue négativement par Ulpien (L. 3 pr., *De duob. reis*). Mais pourquoi? parce que, dit le texte, l'intention de nover fait défaut. Je suis convaincu que tel n'était pas le langage du jurisconsulte : il devait se fonder sur ce que le créancier n'avait pas conçu son interrogation dans la forme usitée pour nover. Mais ce motif ne pouvait convenir à Justinien, qui avait décidé qu'aucune stipulation, quelle qu'en fût la teneur, n'emporterait novation sans une volonté expresse des contractants (L. 8, C., *De nov.*, VIII, 42).

ordinaire. La perfection du contrat à l'égard de l'un n'est donc pas subordonnée à la condition de sa perfection à l'égard de l'autre (L. 6 pr. et § 2, *De duob. reis*); 2° si l'un des *correi promittendi* est un pupille non autorisé ou un esclave, la nullité de son obligation n'entraîne pas nullité de l'obligation des autres : son effet se borne à supprimer un *correus*, et, quand il n'y a qu'un copromettant, la corréalité elle-même (L. 12 § 1, *De duob. reis*). Pareillement, si l'unique promettant est un pupille et que parmi les costipulants figure le tuteur qui l'autorise, ce dernier ne devient pas créancier, et les autres le deviennent néanmoins (L. 5 pr., *De auct. et cons. tut.*, XXVI, 6. — n° 147) (1); 3° de deux *rei promittendi*, l'un peut être obligé purement et simplement, l'autre à terme ou sous condition, et alors le créancier n'est pas tenu d'attendre l'arrivée du terme ou de la condition pour agir contre celui dont l'obligation est pure et simple (§ 2 *sup.* — L. 7, *De duob. reis*). Réciproquement, il n'est pas douteux que de deux costipulants l'un puisse formuler une interrogation pure et simple, l'autre insérer un terme ou une condition dans la sienne (2).

J'ai dit, en second lieu, que la corréalité implique unité d'objet (*una res*, ou *eadem pecunia*. — Inst., § 1, *De duob. reis.*, III, 16. — L. 2, *De duob. reis*), et à ce point de vue on peut dire que, quel que soit le nombre des contractants, il ne se forme jamais plus d'une obligation (L. 3 § 1, *De duob. reis.* — L. 9 pr., *De pact.*, II, 14). Les Romains entendent cette idée avec une extrême rigueur : il ne suffit pas que les diverses stipulations ou promesses portent sur la même chose, il faut que le contenu de chacune soit exactement égal au contenu des autres. Supposons, par exemple, que de deux copromettants dont l'obligation a pour objet le même corps certain, l'un s'engage par le contrat lui-même à répondre de ses fautes, l'autre ne devant répondre que de son dol : il n'y aura pas corréalité passive

(1) Il va de soi que dans ces hypothèses l'absence de corréalité ne supprime pas l'obligation naturelle du pupille, de même qu'elle n'empêche pas l'esclave d'obliger le maître *de peculio*.

(2) Je n'ai pas besoin d'insister sur la différence qu'il faut faire ici, comme partout, entre le terme et la condition. Celui des costipulants qui a donné un terme et celui des copromettants qui l'a reçu sont certainement des *correi*. Tout au contraire, il faut attendre l'événement de la condition pour affirmer que celui à l'égard duquel elle affecte l'obligation est bien un *correus*. Si elle vient à défaillir, on dira, selon les cas, ou qu'il n'y a jamais eu de corréalité ou qu'il y avait un *correus* de moins.

(L. 9 § 1, *De duob. reis*). A l'inverse, pas de corréalité active, si nous stipulons, vous et moi, l'usufruit du même fonds, et cela parce que, l'usufruit se mesurant à la vie de l'usufruitier, celui que je stipule n'est pas celui que vous stipulez : ce sont deux usufruits différents par leur durée, donc aussi par leur valeur (L. 15, *De duob. reis*) (1). Enfin, dans le même ordre d'idées, il y aura obstacle à la formation de la corréalité tant active que passive, toutes les fois que l'obligation, pure et simple à l'égard de l'un des costipulants ou des copromettants, sera alternative à l'égard de l'autre (*eod. loc.*). Dans tous ces cas, deux obligations distinctes prennent naissance, et la logique veut que l'exécution de l'une laisse subsister l'autre (2).

II. — RAPPORTS DES *correi stipulandi* AVEC LE DÉBITEUR, ET DES *correi promittendi* AVEC LE CRÉANCIER.

Lib. III, tit. XVI, *De duobus reis stipulandi et promittendi*, § 1. — Ex hujusmodi obligationibus, et stipulantibus solidum singulis debetur, et promittentes singuli in solidum tenentur; in utraque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem et omnes liberat.

De telles obligations ont cet effet que la chose est due tout entière à chaque stipulant et tout entière aussi par chaque promettant. Dans les deux hypothèses, toutefois, il n'y a qu'une chose due, de sorte que le payement reçu ou fait par l'un éteint la créance ou la dette de tous.

549. L'obligation corréale une fois constituée, quelle est la situation exacte des *correi* par rapport à la partie avec laquelle ils ont contracté? Dans l'examen de cette question, je mènerai de front la

(1) Le texte cité applique la même décision dans le cas où deux personnes ont stipulé *dotis causa*. Il faut supposer sans doute que le chiffre de la dot promise n'a pas été fixé, mais qu'il doit l'être *arbitratu boni viri* (t. II, p. 241, note 2). Or, les besoins et la situation sociale des deux stipulants ne pouvant être exactement les mêmes, nous avons bien ici deux stipulations qui diffèrent par l'étendue, sinon par la nature de leur objet. Je ferai remarquer, au surplus, que l'obligation corréale peut avoir pour objet des *operæ fabriles* (L. 9. *De duob. reis*). En décidant ainsi, les Romains s'écartent de cette idée un peu subtile d'après laquelle les travaux et services de l'homme changent de valeur selon la personne qui les doit ou à laquelle ils sont dus (t. II, p. 232, note 2).

(2) Ce résultat, vrai en droit pur, peut être écarté par une exception *pacti conventi*, lorsque l'intention prouvée des parties repousse le cumul de deux payements. C'est à quoi paraît faire allusion la dernière phrase de la loi 15, *De duob. reis*, phrase incorrecte probablement ajoutée par Justinien.

corréalité active et la corréalité passive, parce que, sous la réserve de quelques détails spéciaux à l'une ou à l'autre, leurs effets se déterminent par les mêmes principes, et ces principes sont précisément ceux que j'établissais tout à l'heure, savoir pluralité, de liens et identité d'objet.

A la pluralité de liens je rattache les conséquences suivantes : 1° en cas de corréalité active, le débiteur non encore poursuivi est libre de choisir celui des créanciers auquel il lui plaît de faire le payement, de même que l'un quelconque d'entre eux, le plus diligent ou le plus avide, peut le lui demander (L. 16, *De duob. reis*). Réciproquement, en cas de corréalité passive, le créancier choisit à son gré celui des débiteurs qu'il veut contraindre à payer, de même que chacun d'eux peut prendre l'initiative d'un payement volontaire (1) ; 2° l'un des *correi stipulandi* peut, à l'exclusion des autres, recevoir un gage ou un fidéjusseur, de même qu'à l'inverse de telles sûretés sont valablement fournies par un seul ou au nom d'un seul des *correi promittendi* (L. 6 § 1, *De duob. reis*) ; 3° il peut arriver que l'un des liens se dissolve par une cause purement personnelle à l'un des *correi*, et alors l'obligation persiste à l'égard des autres. Il y a seulement un créancier ou un débiteur de moins. Cette idée s'applique certainement, en cas de corréalité passive, lorsque la *capitis deminutio* atteint l'un des débiteurs (L. 19, *De duob. reis*), et il est probable qu'on l'applique aussi en cas de corréalité active, lorsque, l'obligation ayant été contractée à titre gratuit, l'un des stipulants acquiert, en vertu d'une autre cause également gratuite, la propriété de la chose due (2). D'autres applications se conçoivent en-

(1) Je raisonne ici dans l'hypothèse d'un payement ou d'une poursuite pour le tout. Car il va de soi qu'un *correus stipulandi*, étant créancier *in solidum*, n'est pas forcé d'accepter un payement partiel, de même qu'un *correus promittendi*, étant débiteur *in solidum*, n'est pas admissible à offrir et à déposer sa part seulement, quoique le créancier puisse consentir à la recevoir (L. 34 § 1, *De sol.*, XLVI, 3). Mais à l'inverse, il n'y a pas le moindre doute sur la possibilité d'une poursuite partielle, soit qu'on la suppose exercée par le créancier unique contre un des *correi promittendi*, ou par un des *correi stipulandi* contre le débiteur unique (L. 3 § 1; L. 11 pr., *De duob. reis*). On peut seulement se demander si cette limitation apportée à la poursuite donne ouverture à l'exception *litis dividuæ* (Gaius, IV, § 122) en faveur des débiteurs qui n'ont pas été poursuivis ou contre les créanciers qui n'ont pas agi. La même question peut s'élever lorsque le créancier qui a un débiteur principal et un fidéjusseur poursuit l'un pour partie. Dans l'un et l'autre cas, je n'hésiterais guère à la résoudre négativement.

(2) Pour comprendre cette dernière hypothèse, on se reportera à ce que j'ai déjà dit sur la règle : *duæ lucrativæ causæ in eumdem hominem et in eamdem rem concurrere non possunt* (n° 400).

core, et celles-là communes à l'une et à l'autre corréalité, dans l'hypothèse d'un pacte *de non petendo in personam* consenti par l'un des costipulants ou à l'un des copromettants, ou encore lorsque l'*in integrum restitutio* est prononcée contre un seul des créanciers ou en faveur d'un seul des débiteurs (1) ; 4° en sens inverse, nonobstant la survenance d'une cause d'extinction qui affecte l'obligation elle-même, il est possible qu'une cause toute personnelle à l'un des *correi* maintienne, en ce qui le concerne, le lien dissous à l'égard des autres. Tel est le résultat qui se produit quand la chose due périt fortuitement après la mise en demeure d'un seul des *correi promittendi*. Ce *correus* reste tenu malgré la libération de tous les autres (L. 32 § 4, *De usur.*, XXII, 1. — L. 173 § 2, *De reg. jur.*, L, 17).

550. Plus importantes encore et plus remarquables sont les conséquences qui dérivent de l'unité d'objet. Elles se divisent en deux séries. Les unes vont nous montrer l'obligation corréale s'éteignant absolument par le fait d'un seul des *correi*, et, en sens inverse, les autres nous la montreront se perpétuant à l'égard de tous par le fait d'un seul.

Voici d'abord les conséquences qui appartiennent à la première série :

1° Dès qu'il y a *litis contestatio* sur la demande judiciaire formée par l'un des *correi stipulandi* ou contre l'un des *correi promittendi*, le droit ou l'obligation des autres disparaît, soit *ipso jure*, soit *per exceptionem* (LL. 2 et 16, *De duob. reis.* — L. 5 *in fine*, *De fid.*, XLVI, 1. — L. 51 § 4, *De evict.*, XXI, 2). D'une part, en effet, c'est une règle absolue que la *litis contestatio* rend non recevable une nouvelle action relative au droit déjà déduit *in judicium;* la force de l'obligation corréale se trouve donc épuisée à l'égard de tous les costipulants ou copromettants, même de ceux qui ne figurent pas au procès. D'autre part, il est vrai, la *litis contestatio* engendre un droit nouveau ; mais ce droit ne saurait ni appartenir à des tiers, ni les grever, et ce sont évidemment des tiers que ceux qui, même ayant été parties au contrat, restent en dehors des poursuites. Désormais donc la qualité de créancier ou de débiteur se fixe d'une manière exclusive et irrévocable sur la tête du *correus* demandeur ou défendeur (2).

(1) Joignez ce qui sera dit bientôt du serment (t. II, p. 325, note 2) et de la confusion (n° 552 *in fine*).

(2) Serait-il possible qu'une seule et même formule délivrée à tous les costipu-

2° Un seul payement dissout tous les liens que l'obligation corréale a fait naître. Et il n'importe qu'il soit fait tout entier à l'un ou par l'un des *correi*, ou qu'au contraire chacun ne reçoive ou ne donne que sa part de la chose due (§ 1 *sup*. — L. 34 § 1, *De sol*., XLVI, 1). Dès que la totalité de cette chose a été fournie une fois, l'obligation est entièrement éteinte, et en conséquence tout payement ultérieur fait par erreur donnerait lieu à la *condictio indebiti*.

A. 3° Ce qui est vrai du payement doit être vrai aussi de tous les modes d'extinction que les Romains ont l'habitude de comparer au payement pour en déterminer les effets. Ces modes sont l'acceptilation, la novation, le serment extrajudiciaire et le pacte de constitut. Reprenons-les un à un : 1° sur l'acceptilation, les textes paraissent d'accord : faite par l'un des *correi stipulandi*, elle détruit le droit de tous les créanciers; faite à l'un des *correi promittendi*, elle libère tous les débiteurs (L. 2, *De duob. reis*. — L. 13 § 12; L. 16 pr., *De accept*., XLVI, 4) (1); 2° sur la novation, nulle difficulté quand il s'agit de corréalité passive. La promesse nouvelle, faite ou par l'un des *correi*, ou en son nom par un tiers, les libère tous (L. 20, *Ad s.c.t. Vell*., XVI, 1) (2). Mais, en matière de corréalité active, les Pandectes nous révèlent une controverse : d'après Vénuléius, soit qu'un des créanciers stipule lui-même *animo novandi*, soit que dans le même but il fasse stipuler un tiers auquel il délègue le débiteur, le droit de tous périt (L. 31 § 1, *De nov*., XLVI, 2). D'après Paul, au contraire, jamais la novation faite par un seul des *correi stipulandi* ne pourrait être opposée aux autres (L. 27 pr., *De*

lants ou contre tous les copromettants contînt la demande du tout au profit de chacun ou contre chacun ? Il ne faut pas hésiter à répondre négativement. Car, d'abord l'emploi d'un tel procédé supposerait que le même droit peut être déduit plusieurs fois *in judicium*. Puis la matière de la fidéjussion nous fournit ici une analogie décisive; nous voyons, en effet, que le créancier ne peut pas poursuivre pour le tout, et le débiteur principal, et son fidéjusseur. Il ne peut que diviser ses poursuites ou choisir (L. 1, C., *De fid. tut*., V, 57).

(1) Ulpien suppose qu'un mari, ayant pour *correi promittendi* sa femme et Titius, fait à celui-ci une acceptilation gratuite. Titius, dit-il, sera libéré, mais la femme reste tenue (L. 5 § 1, *De don. int. vir*., XXIV, 1). Le vrai sens de cette décision est, selon moi, que la femme, quoique libérée de l'obligation corréale, se trouve obligée en vertu d'une cause nouvelle par une conséquence de la règle qui prohibe les donations entre époux.

(2) Ce texte est conçu dans l'hypothèse d'une femme qui s'est portée *expromissor* pour un seul *correus*, et il décide que, si elle oppose le sénatus-consulte Velléien, le créancier pourra se faire restituer son action contre tous les débiteurs, ce qui implique bien clairement que la novation résultant de la promesse de la femme les a tous libérés.

pact., II, 14) (1). La première opinion est beaucoup plus conforme à l'ensemble des décisions universellement admises par les jurisconsultes, et il est difficile de douter qu'elle ait prévalu, surtout si l'on considère que le texte qui la constate figure au siège même de la matière, au titre *De novationibus*, et qu'il n'a pas pu y être inséré sans réflexion, puisqu'il insiste sur l'existence d'une controverse; 3° sur le serment, les textes sont décisifs : tous les *correi stipulandi* perdent leur créance, lorsque, sur la proposition de l'un d'eux, le débiteur jure que la dette n'existe pas, et à plus forte raison le serment déféré à l'un des *correi promittendi* et prêté par lui entraîne libération de tous les autres (L. 28 pr. et § 3, *De jurej.*, XII, 2) (2); 4° enfin, à l'égard du pacte de constitut, Paul nous apprend que, conclu entre le débiteur et l'un des *correi stipulandi*, il enlève aux autres le droit de recevoir le payement; c'est donc qu'il les dépouille de leur qualité de créanciers (L. 10, *De pec. const.*, XIII, 5). Et de là, sans grande hardiesse, on peut induire que, fait par l'un des *correi promittendi*, il dégage tous les autres.

A. Dans la mesure des effets qui viennent d'être décrits, chacun des costipulants est réputé aussi pleinement maître de la créance que s'il avait stipulé seul, de même que chacun des copromettants peut à son gré ou au gré du créancier être tenu pour seul obligé. Cette théorie

(1) La question principale que ce texte examine est celle de savoir si, étant donné plusieurs *argentarii* associés et devenus créanciers par voie d'*expensilatio*, le pacte de remise que l'un d'eux consent peut être opposé aux autres? Paul se prononce pour la négative, et à l'appui de sa décision il produit ce motif donné par Labéon : *Nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur.* Puis il clôt son développement par une phrase qui étend aux *correi stipulandi* ce qu'il a décidé relativement aux *argentarii socii.* Nombre d'interprètes ont cherché à mettre ce texte d'accord avec celui de Vénuléius, quoique ce jurisconsulte nous avertisse lui-même assez clairement que sa doctrine n'était pas celle de tout le monde. Voici deux des explications auxquelles ont abouti ces efforts : 1° la dernière phrase de Paul : *Idemque in duobus reis stipulandi dicendum est*, ne se rapporterait qu'au pacte *de non petendo ;* mais la décision relative à la novation se restreindrait, on ne voit guère pourquoi, aux *argentarii;* 2° la novation n'interviendrait ici que pour servir de base à une comparaison, mais elle ne serait pas elle-même l'objet d'une décision. Le jurisconsulte voudrait dire que le droit d'agir *in solidum* qui appartient au *correus stipulandi* ne contient pas le droit de remise, de même que telles personnes, et par exemple nos fils de famille ou nos esclaves, peuvent être autorisées a recevoir un payement sans que cette faculté contienne celle de nover.

(2) Il est possible que le serment porte sur cette seule question : celui qui le défère est-il *correus stipulandi*, ou celui auquel il est déféré est-il *correus promittendi?* En pareil cas, il rentre évidemment dans la catégorie des causes qui libèrent une personne sans supprimer l'obligation elle-même, et son effet se restreint entre les parties (arg. de la loi 28 § 1 et de la loi 42 pr., *De jurej.*).

fut-elle admise dès l'origine? A l'égard des copromettants je n'aperçois aucun élément de doute; mais en ce qui concerne les costipulants j'estime qu'elle ne fut pas consacrée sans résistance. La controverse relative à la novation faite par un seul des *correi stipulandi* n'est, à mes yeux, que le reste d'une controverse autrefois plus générale : ce qui le prouve bien, c'est la forme même du raisonnement sur lequel Vénuléius s'appuie pour établir sa doctrine. Comment nier, dit-il, que l'un des créanciers puisse par une novation éteindre le droit de tous, si l'on reconnaît qu'il l'éteint par la réception du payement volontaire, par une acceptilation ou par une demande en justice? Or sur ces trois points, ajoute le jurisconsulte, on s'accorde à peu près (*fere convenit*); cet accord n'était donc ni entier ni de vieille date, et en effet, quoi de plus naturel que des résistances opposées à une théorie qui, mettant les créanciers à la merci les uns des autres, sacrifiait véritablement le bon sens à un étroit esprit de logique?

Reste à signaler une importante réforme due à l'empereur Justinien : il décida que désormais la demande formée contre l'un des *correi promittendi* laisserait subsister l'obligation des autres (L. 28, C., *De fid.*, VIII, 41) (1). De cette façon l'insolvabilité du débiteur poursuivi ne retombe plus, comme autrefois, sur le créancier, iniquité d'autant plus criante que pour qui n'est pas payé il n'y a d'autre ressource que de poursuivre. L'action en justice n'aurait donc jamais dû être assimilée à la novation, à l'acceptilation, ni, d'une manière générale, aux modes d'extinction qui supposent chez le créancier une volonté pleinement libre (2).

Passons à la seconde série de conséquences engendrées par l'unité d'objet :

1° Supposons que sur l'offre du débiteur l'un des *correi stipulandi* jure que la dette existe, sans aucun doute tous les costipulants pourront se prévaloir de ce serment.

2° Si l'objet que plusieurs *correi promittendi* doivent ensemble vient à périr par le fait de l'un d'eux, l'obligation se perpétue à

(1) On lit dans un texte du Digeste (L. 8 § 1, *De leg.* 1°, XXX) que l'obligation s'éteint *si cum uno actum sit, et solutum*. L'interpolation de ces deux derniers mots est évidente.

(2) En ce qui concerne la poursuite exercée par l'un des costipulants, le silence de Justinien prouve qu'il n'a pas entendu modifier le droit antérieur, et cela n'a rien que de raisonnable : puisque chaque costipulant conserve le droit de recevoir le payement intégral, il est tout juste que celui qui poursuit soit traité, à l'égard de ses *correi*, comme s'il avait été payé; il ne faut pas que son droit dépende de la gêne ou de la mauvaise foi du débiteur.

l'égard de tous (L. 18, *De duob. reis*). Que cette décision soit bien engendrée par l'unité d'obligation qui dérive elle-même de l'unité d'objet, cela est facile à démontrer : supposez, en effet, que par deux contrats distincts deux personnes aient promis le même esclave au même créancier; si l'une d'elles tue l'esclave dû, elle reste tenue, mais à l'égard de l'autre débiteur ce fait constitue un cas fortuit qui le libère. Maintenant n'est-il pas contradictoire que le *correus promittendi*, qui, comme on l'a vu (n° 549), ne répond que de sa demeure personnelle, réponde pourtant du fait de ses *correi?* Non, car la mise en demeure est l'œuvre du créancier lui-même; il dépend de lui d'interpeller tous les débiteurs, tandis qu'au contraire leur conduite à l'égard de la chose due lui échappe absolument (1).

3° Lorsque la prescription extinctive des actions personnelles eût été introduite par la législation du Bas-Empire, on dut se demander si, interrompue du chef et à l'égard de l'un des *correi stipulandi* ou des *correi promittendi*, elle serait par contre-coup réputée interrompue à l'égard des autres. La question, discutée, paraît-il, avant Justinien, fut résolue par ce prince dans le sens de l'affirmative (L. 5, C., *De duob. reis*, VIII, 40).

III. — RAPPORTS DES *correi* ENTRE EUX.

551. Deux questions se posent ici : 1° si l'un des *correi stipulandi* a touché le payement intégral, est-il tenu d'en partager le bénéfice avec ses *correi*, et, d'une manière plus générale, celui qui a éteint le droit des autres est-il tenu de les indemniser pour leur part ? 2° à l'inverse, le *correus promittendi* qui a payé l'intégralité de la dette

(1) Il faut donc, sans la moindre hésitation, rejeter un système qui, prenant pour point de départ une prétendue antinomie entre la décision relative au *factum* et la décision relative à la demeure, les concilie ainsi : quand on décide que la demeure d'un *correus* ne nuit pas à ses *correi*, on voudrait dire qu'elle n'aggrave pas leur obligation, qu'ils restent tenus de la valeur de la chose sans devoir en sus aucuns dommages-intérêts ; et à l'inverse, quand on décide que le fait de l'un nuit aux autres, on voudrait signifier simplement que leur obligation n'est ni dissoute ni diminuée, qu'ils continuent de devoir la valeur de la chose sans être tenus à aucuns dommages-intérêts. De cette façon, la *mora* et le *factum* se trouveraient soumis à une règle absolument identique, exprimée, il est vrai, sous deux formes tout à fait opposées. Cette interprétation n'a pas seulement le tort de méconnaître une différence réelle et très légitime entre la *mora* et le *factum;* elle s'appuie, de plus, sur une idée tout à fait fausse : car jamais l'inexécution d'une promesse ayant pour objet un corps certain ne donne lieu à de véritables dommages-intérêts, c'est la valeur de la chose qui sert de mesure à la condamnation (LL. 179 et 193, *De verb. sign.*, L, 16).

ou procuré à titre onéreux, d'une manière quelconque, la libération de ses *correi*, peut-il recourir contre eux et faire supporter à chacun une part virile de ses déboursés ? Les deux questions se résolvent par une distinction entre les *correi* qui sont associés et ceux qui ne le sont pas, c'est-à-dire qu'il faut rechercher si la corréalité avait ou non sa cause dans un intérêt commun à tous. Que par exemple deux copropriétaires, qui se proposent d'exécuter certains travaux sur le fonds indivis, s'adressent à un capitaliste et à cette fin stipulent de lui une même somme, ou que, l'ayant reçue, ils lui en promettent ensemble le remboursement, voilà une créance ou une dette corréale qui les intéresse évidemment l'un et l'autre ; nous les tiendrons donc pour associés, et celui des deux qui aura touché ou remboursé la somme entière sera tenu ou investi d'un recours. Que l'exercice de ce recours, ou, en d'autres termes, que la répartition finale du bénéfice ou de la charge résultant de l'obligation soit subordonnée à l'existence d'une société ou communauté d'intérêt, cela ressort avec évidence d'un texte déjà analysé (n° 402). Quand un des *correi stipulandi* ou *promittendi* meurt laissant des legs et qu'il s'agit d'appliquer la loi Falcidia, on se demande. avons-nous vu, si la créance corréale doit comptée être dans l'actif du défunt ou la dette corréale déduite de son passif. Or que décide-t-on ? S'il y a société, l'hérédité est réputée créancière ou débitrice pour moitié ; s'il n'y a pas société, la question reste provisoirement indécise : car celui-là sera regardé comme ayant été seul créancier ou seul débiteur qui aura reçu ou fait le payement (L. 62 pr., *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2). Il est difficile de mieux dire qu'en l'absence de société le créancier qui touche tout garde tout par une sorte de droit d'occupation, de même qu'à l'inverse le débiteur qui paye la dette entière en subit exclusivement la charge.

Jusqu'à présent nous trouvons les rapports réciproques des *correi* gouvernés par des principes absolument identiques, soit qu'il s'agisse de corréalité active ou de corréalité passive. Mais si nous nous plaçons dans l'hypothèse spéciale d'une société, les deux corréalités vont se séparer par une différence qui n'est pas sans intérêt : c'est qu'entre *correi stipulandi* le recours ne s'exerce jamais que par l'action *pro socio*, tandis qu'entre *correi promittendi* il s'exerce tantôt par cette voie, tantôt à l'aide des actions qui ont appartenu au créancier lui-même. C'est, en effet, le droit du copromettant qui libère ses associés d'exiger la cession de ces actions, soit comme condition d'un payement volontaire, soit, dans le cas de poursuite, en opposant

l'exception *doli mali* (L. 65, *De evict.*, XXI, 2), et cela lui est particulièrement avantageux quand les autres *correi* avaient fourni quelque sûreté spéciale.

A. D'après un grand nombre d'interprètes, la cession des actions pourrait être exigée même par le *correus promittendi* non associé, de sorte qu'entre la corréalité active et la corréalité passive il y aurait une seconde différence bien autrement profonde que celle qui vient d'être signalée : en effet, tandis que l'absence de société exclut certainement toute espèce de recours entre *correi stipulandi*, elle n'empêcherait pas le *correus promittendi* qui paye ou qui est poursuivi de s'en procurer un. Cette doctrine s'autorise, j'en conviens, de deux textes plutôt embarrassants que décisifs (L. 65, *De evict.*, XXI, 2 — L. 2, C., *De duob. reis*, VIII, 40). Mais d'abord comment la concilier avec les principes généraux ? Pour être fondé à exiger une cession d'actions, ne faut-il pas s'autoriser d'un droit antérieur soit contre celui auquel elles appartiennent aujourd'hui, soit contre ceux qui en sont tenus ? Or, à coup sûr, le *correus promittendi* n'est pas créancier du stipulant, et par hypothèse, puisqu'il n'y a pas société, il ne l'est pas non plus de son coprometttant. Puis comment, dans cette doctrine, Ulpien (L. 62 pr., *Ad leg. Falc.*) pourrait-il nous dire qu'étant donné deux *correi promittendi* non associés, on ne sait pas d'avance quel est celui dont le patrimoine est grevé ? N'est-il pas de la dernière évidence que la dette corréale devant finalement, grâce à la cession d'actions, se diviser entre eux, dès à présent on la compterait pour moitié dans le passif de l'un et de l'autre ? Car il y aurait puérilité à raisonner dans la supposition que celui des deux qui payera ou qui sera poursuivi n'usera point du bénéfice que la loi lui accorde (1). Je vais plus loin, et je ne crains pas de dire d'une manière générale que la différence constante que les textes établissent entre la situation des coprometttants associés et celle des coprometttants non associés devient tout à fait inintelligible, s'il est vrai qu'entre ces derniers une cession d'actions puisse créer après coup des rapports semblables à ceux qu'eût établis dès le début l'existence d'une

(1) Pour écarter l'autorité de la loi 62, on a fait remarquer que la décision qu'elle donne est attribuée à Julien, ce qui est exact, et on a dit, que sans doute à l'époque où vivait ce jurisconsulte, le droit d'exiger la cession d'actions n'était probablement pas encore reconnu aux *correi promittendi*. Je réponds à cela qu'Ulpien s'approprie la décision de Julien par cela même qu'il ne la critique pas. C'est là un procédé tout à fait familier aux jurisconsultes romains.

société (1). Comment se fait-il notamment que, l'un des *correi* venant à hériter du créancier, l'autre *correus* demeure tenu pour le tout ? La confusion, pur cas fortuit, aurait donc cet effet d'enrichir le *correus* en la personne duquel elle s'opère et d'appauvrir l'autre ! Toute la difficulté, en présence de ces arguments, se réduit à expliquer les deux textes sur lesquels on prétend fonder ce droit à obtenir la cession d'actions, et cette difficulté disparaîtra si l'on consent à admettre qu'ils se placent exclusivement dans l'hypothèse d'une société. Cette interprétation est autorisée, quant à l'un (L. 65, *De evict.*), par la nature de l'espèce prévue (2), quant à l'autre (L. 2, C., *De duob. reis.*), par son langage même (3).

552 *a*. Les rapports spéciaux que l'existence d'une société crée entre les *correi* réagissent dans une certaine mesure, en cas de corréalité active, sur leurs rapports avec le débiteur, et, en cas de corréalité passive, sur leurs rapports avec le créancier. Je veux dire qu'à plusieurs égards, là où le *correus* non associé pourra se comporter comme s'il avait seul stipulé ou seul promis, le *correus* associé ne

(1) Pour bien comprendre l'idée que je ne fais qu'indiquer ici, on consultera les décisions que je reproduis ou auxquelles je fais allusion un peu plus loin (n° 552, et note 1 de la p. 331).

(2) Voici cette espèce : un débiteur qui a hypothéqué sa chose pour la sûreté de sa propre dette, meurt laissant deux héritiers. Ceux-ci vendent conjointement la chose grevée, et chacun fait pour sa part la promesse du double. Puis il y en a un qui paye le créancier jusqu'à concurrence de son obligation personnelle. L'acheteur venant ensuite à subir l'éviction, deux questions s'élèvent : 1° l'action *ex stipulatu duplæ* doit-elle être admise même contre celui des héritiers qui a cessé d'être personnellement tenu ? Oui, dit Papinien ; car l'hypothèque, à raison de son indivisibilité, a continué de grever la chose pour le tout ; 2° cet héritier peut-il du moins exiger que le créancier lui cède ses actions contre l'autre héritier ? Non, dit Papinien, et pourquoi ? parce que dans l'espèce les deux cohéritiers n'ont pas contracté une obligation corréale. Donc, conclut-on, s'il y avait corréalité, la cession des actions serait due ! Oui sans doute, elle le serait ; mais cela tient à ce qu'entre deux covendeurs la corréalité ne peut aller sans société. C'est donc forcer la pensée du jurisconsulte que de lui donner une portée générale. Il ne veut pas dire qu'un *correus promittendi* puisse en tous cas demander la cession des actions, mais qu'il le pourrait dans l'espèce.

(3) Les empereurs Dioclétien et Maximien, supposant évidemment que le *correus* qui a tout payé a négligé de demander la cession des actions, l'autorisent néanmoins à exercer un recours, et ce recours ne peut être fondé que sur une cession sous-entendue, par conséquent sur une cession que le créancier n'aurait pas eu le droit de refuser. Je reconnais que tout cela est exact. Mais que suppose le rescrit ? que les deux *correi* ont emprunté *communiter*. Or, est-ce forcer le sens de cet adverbe que d'y voir l'expression, non pas d'un simple concours dans le même acte, mais d'une communauté d'intérêts ? C'est ainsi que le mot *communiter* s'emploie pour marquer l'état d'indivision (Cic., *pro Rosc. Amer.*, 37 *in fine*).

le pourra pas ; en d'autres termes, aux effets que nous avons déjà déduits de l'unité d'objet viendront s'ajouter, s'il n'y a pas société, quelques autres effets que l'existence d'une société rendrait impossibles. De cette formule un peu vague j'ai déjà signalé deux applications (1). Les textes vont m'en fournir plusieurs autres :

1° Soit un compromis intervenu entre l'un des deux *correi stipulandi* et le débiteur, ou entre l'un des deux *correi promittendi* et le créancier. La demande qui serait formée ultérieurement par l'autre costipulant ou contre l'autre copromettant rendrait-elle exigible la peine promise par celui ou à celui qui a figuré dans le compromis ? Non, s'il n'y a pas société ; oui, s'il y a société. Et, en effet, en l'absence de société, la poursuite exercée ou subie par le *correus* resté étranger au compromis ne profite ni ne nuit à ses *correi*, puisqu'il n'a pas de compte à leur rendre ou à leur demander. Au contraire, en cas de société, tout ce que le *correus* recevra ou payera devra se répartir entre lui et les autres, d'où il suit que l'action intentée par lui ou contre lui est réputée intentée pour partie par celui ou contre celui qui a fait le compromis : elle en est donc la violation (L. 34 pr., *De recept. qui arb.*, IV, 8).

2° Le créancier qui consent un pacte de remise *in rem* à l'un des *correi promittendi* peut-il poursuivre l'autre *correus* sans craindre de se voir repoussé par l'exception *pacti conventi ?* Oui, s'il n'y a pas société, car cette poursuite ne réfléchira pas contre celui auquel il a fait remise ; non, s'il y a société, car ici le recours du *correus* poursuivi aboutirait à supprimer partiellement l'effet du pacte (LL. 23 et 25 pr., *De pact.*, II, 14.) Cette seconde solution, toutefois, peut paraître excessive. N'eût-il pas été, en effet, plus équitable et plus conforme à la volonté des parties d'admettre que le *correus* étranger au pacte pourrait être poursuivi jusqu'à concurrence de la part qu'il devait supporter dans la dette ? Si l'on décida autrement, ce fut sans doute par une conséquence exagérée du principe qui met à la charge commune des associés toute somme payée par l'un d'eux *ex causa societatis* (2).

(1) Elles sont relatives au legs de libération (t. I, p. 990; p. 991, texte et notes 1 et 2). Voy. sur une autre matière la loi 5 pr., *Si quis caut.* (II, 11).

(2) Envisageons l'hypothèse d'un pacte *in rem* consenti au débiteur par l'un des *correi stipulandi*. Ce pacte peut-il être méconnu par le *correus stipulandi* qui n'y a point participé ? Oui certainement, si les *correi* ne sont pas *socii ;* mais pour le cas contraire, la question paraît avoir été discutée entre les jurisconsultes. Paul décide que le *correus* resté étranger au pacte peut poursuivre le débiteur, et évi-

3° Le créancier, devenu débiteur de l'un des *correi promittendi* pour une somme égale au montant de la dette corréale, peut-il poursuivre avec succès l'autre *correus?* Et d'une manière à la fois plus précise et plus générale: la cause de compensation qui n'a pas encore été opposée par celui des copromettants en la personne duquel elle s'est produite fournit-elle une exception à l'autre? La réponse se déduit toujours de la même distinction : s'il y a société, mon *correus* venant à payer recourrait contre moi et m'ôterait le bénéfice de la compensation ; il faut donc qu'il puisse l'opposer de mon chef. Si au contraire il n'y a pas société, cet inconvénient n'existe plus ; il sera donc obligé de répondre aux poursuites du créancier, et comme par là il me libère de l'obligation corréale, je conserverai purement et simplement ma créance (L. 10, *De duob. reis*) (1).

4° Supposons que le créancier succède à l'un des *correi promittendi* ou ait pour héritier l'un deux. La confusion qui s'opère en de telles hypothèses supprime un débiteur plutôt qu'elle n'éteint la dette. Mais on se demande dans quelle mesure l'autre débiteur restera tenu de payer? Or ce sera pour le tout, s'il n'y a pas société ; car comme

demment le poursuivre pour le tout, sans avoir à craindre l'exception *pacti conventi* (L. 27 pr., *De pact.*, II, 14). Les adversaires de cette opinion se fondaient probablement sur ce principe que toutes les sommes touchées par un associé *ex causa societatis* doivent se partager entre lui et les autres associés. Dans l'espèce, donc, le *correus* qui poursuit devant compte des résultats de son action au *correus* auteur du pacte, celui-ci obtiendrait indirectement un avantage auquel il a renoncé, et la volonté des parties serait méconnue. Ce raisonnement avait quelque chose de très juste ; mais en en tirant la conclusion que le *correus* étranger au pacte ne pouvait rien demander du tout, on violait la règle générale d'après laquelle une convention ne nuit pas à des tiers. L'opinion de Paul était donc meilleure à ce point de vue. Mais elle reste mauvaise en ce qu'elle enlève au débiteur le bénéfice du pacte. Aussi je suis porté à croire que celui-ci pouvait opposer une exception *doli mali* jusqu'à concurrence de la somme que le *correus* poursuivant aurait dû restituer à son *correus*. Ceci admis, il y a une différence pratique sérieuse entre le pacte consenti par le *socius* et le pacte consenti par le *non socius :* celui-ci ne fait que supprimer son propre droit sans diminuer l'obligation du débiteur; celui-là, au contraire, le décharge réellement d'une part de la dette.

(1) Dans le silence des textes, les interprètes se sont demandé si le débiteur devenu créancier de l'un des *correi stipulandi* peut opposer la compensation à l'autre. Pour le cas où il n'y a pas société, la négative ne fait aucun doute. Que s'il y a société, j'hésite : pour admettre encore la négative, on dit que la compensation opposée au créancier qui poursuit lui imposerait le risque de l'insolvabilité de son *correus* contre lequel il devrait recourir. Or, ajoute-t-on, un tel résultat ne saurait dépendre de la volonté du débiteur. Mais, dans l'opinion contraire, ne peut-on pas répondre que telle est pourtant la conséquence certaine du payement volontaire fait entre les mains de l'un des costipulants *socii?*

il n'a pas de recours à exercer, son codébiteur conservera dans toute leur plénitude les avantages de la confusion. Ce ne sera plus au contraire que pour une moitié, s'il y a société ; car la garantie qui lui est due fait qu'il ne pourrait payer le tout sans acquérir le droit de se faire rembourser pour moitié (L. 71 pr., *De fid.*, XLVI, 1) (1).

553. La comparaison de la corréalité avec société et de la corréalité sans société soulève une difficulté grave. La corréalité avec société se conçoit à merveille, chaque *correus* sachant d'avance quel doit être définitivement son bénéfice ou sa charge. Quant à la corréalité sans société, au premier aspect elle fait l'effet d'un jeu de hasard où chacun s'expose volontairement à être dupe. S'agit-il, en effet, de *correi stipulandi* : le droit de l'un peut s'évanouir à chaque instant, soit par le fait de l'autre, soit par le fait du débiteur. S'agit-il de *correi promittendi* : le créancier les tient tous à sa merci, libre comme il l'est de choisir celui sur lequel il fera retomber le fardeau de la dette entière. Or, comment comprendre que des personnes, même bornées ou médiocrement soigneuses de leurs intérêts, se placent d'elles-mêmes en de pareilles situations ? On pourrait être tenté de répondre à la question en faisant intervenir l'idée de donation. Deux ordres de combinaisons se concevraient : 1° chaque *correus* est disposé à donner à l'autre la valeur comprise dans l'obligation corréale, le donataire devant être, en cas de corréalité active, celui qui aura tout touché, et, en cas de corréalité passive, celui qui n'aura rien payé ; 2° l'obligation elle-même est contractée à titre gratuit, soit que le débiteur unique consente à gratifier indifféremment l'un ou l'autre des costipulants, ou que les deux *correi promittendi* soient tous les deux disposés à gratifier le créancier. Voilà des hypothèses possibles sans doute ; mais fournissent-elles une explication pratique des textes, et n'est-ce pas chose de pure fantaisie que ces donations dont on ne pourrait dire dès le début par qui ou à qui elles sont faites ? La difficulté reste donc tout entière, et ce qui l'augmente encore, c'est que la corréalité sans société est celle que les jurisconsultes prévoient d'ordinaire en première ligne, comme constituant le droit commun, de sorte que l'existence d'une société doit être prouvée par le *correus*

(1) Les textes ne prévoient pas la confusion qui peut s'opérer entre la personne du débiteur et celle de l'un des *correi stipulandi*. Mais on s'accorde à reconnaître que la dette subsistera pareillement pour moitié, s'il y a société, et pour le tout en l'absence de société.

qui l'allègue (1). En résumé donc, le problème est double, et je le pose en ces termes : 1° trouver des cas où l'obligation corréale non accompagnée de société n'implique chez personne aucune vue de libéralité et pourtant n'aboutisse pas à enrichir l'un des *correi* aux dépens de l'autre ; 2° expliquer pourquoi on ne présume pas la société.

Sur la première question, je distinguerai d'abord entre la corréalité active et la corréalité passive. La corréalité active sans société se concevra très bien si l'on suppose entre les deux costipulants un rapport de créancier à débiteur. Par exemple, Primus, qui me doit un prix de vente et qui désire s'acquitter, s'adresse, pour avoir une promesse d'argent, à un banquier chez lequel il a des fonds en dépôt ou qui consent à lui ouvrir un crédit. Mais il veut, cela est dans mon intérêt et ne peut nuire au promettant, que je stipule avec lui. Qui que ce soit de nous deux qui touche la somme promise, il ne devra pas de compte à l'autre en tant que *correus* : si c'est moi, Primus sera par cela même libéré de son obligation d'acheteur ; si c'est lui, il restera tenu, mais il aura entre les mains de quoi se libérer. Dans un ordre d'idées semblable, on peut encore supposer que mon mandataire a besoin d'argent pour l'exécution de son mandat, et que, voulant lui en procurer, je le fais stipuler avec moi d'un capitaliste avec lequel je suis en compte. Est-ce moi qui touche la somme : je la lui remettrai pour exécuter son mandat. Est-ce lui : il se trouvera nanti des ressources nécessaires à cette fin. Mais, dans l'un comme dans l'autre cas, nous n'aurons de compte ensemble qu'à raison du mandat, et non comme *correi* (2). — Relativement à la corréalité passive, voici l'hypothèse que l'on a proposée : je suis en compte avec deux personnes ; ce seront, si l'on veut, deux banquiers. A une époque donnée, j'aurai besoin d'une somme de cent sous d'or ; pour être plus sûr de la toucher, je la stipule de l'un et de l'autre. Mais ils ne s'associent pas. Il est entendu que celui qui aura payé la somme la por-

(1) En ce sens, on consultera plusieurs des textes que j'ai eu l'occasion de citer (L. 34, *De recept.* — L. 3 § 3 ; L. 29, *De lib. leg.* — L. 71 pr., *De fidej.*).

(2) Pour expliquer la corréalité active, on a imaginé une autre hypothèse que je crois insuffisante parce qu'elle est invraisemblable : deux personnes qui ne se connaissent pas et qui ont besoin l'une et l'autre de cent sous d'or se présentent chez un même capitaliste pour lui demander cette somme. Il leur répond qu'il veut bien la leur promettre si elles stipulent corréalement, mais qu'il ne peut pas la promettre à l'une et à l'autre, ne pouvant ou ne voulant la donner qu'une fois. Il est clair que dans une telle situation l'un des deux solliciteurs ira frapper à une autre porte.

tera à mon débit : je veux dire que, s'il avait des fonds à moi, sa dette se trouvera diminuée d'autant, et que, s'il m'ouvrait un crédit, il l'aura réalisé et sera devenu mon créancier. Quant au *correus* qui n'aura rien payé, rien ne sera changé dans ses relations antérieures avec moi (1).

Au surplus, si les hypothèses spéciales que je viens de présenter paraissent un peu cherchées ou d'une application trop rare, l'idée de mandat nous expliquera d'une façon plus générale la corréalité sans société. Il est fort possible, en effet, que l'un des *correi* soit simplement le mandataire de l'autre. Et alors, si c'est le mandant qui reçoit ou qui qui fait le payement, rien de plus naturel que de l'autoriser à garder tout ce qu'il a touché ou de lui refuser tout secours. Que si c'est le mandataire, il rendra ou se fera rendre compte par l'action *mandati*. Mais en aucun cas ce mandat ne se présume ; car si les parties voulaient échapper à la nécessité de le prouver, elles devaient non pas stipuler ou promettre comme *correi*, mais recourir aux formes de l'*adstipulatio* ou de l'*adpromissio* (2).

Maintenant, pourquoi dans l'une et l'autre corréalité la société ne se présume-t-elle pas? Ici la réponse ne saurait être embarrassante. J'ai déjà dit (n° 499) que les effets de la stipulation se déterminent indépendamment de sa cause, c'est-à-dire sans qu'il y ait à se préoccuper des autres rapports juridiques qui peuvent exister entre les parties. C'est ce principe qu'on applique en notre matière. Les formes spéciales de la corréalité n'apportent qu'une seule modification aux effets ordinaires de la stipulation : c'est que deux personnes sont investies de la même créance ou tenues de la même dette. Mais entre ces deux créanciers ou ces deux débiteurs existe-t-il des relations de société? est-ce une communauté d'intérêts qui les a déterminés à contracter ainsi? La formule du contrat ne le dit pas, et pour le savoir il faut interroger les circonstances. C'est donc à eux à prendre leurs précautions, et, s'il y a lieu, à s'assurer une preuve de la société qui les unit. Allons-nous conclure de là que la corréalité avec

(1) Pour rendre cette hypothèse encore plus vraisemblable, on peut supposer que la somme promise me sera nécessaire, selon les circonstances, ou à Éphèse ou à Athènes, et que les deux banquiers qui me la promettent à Rome, où ils ont leur établissement principal, ont chacun une succursale, l'un à Éphèse, l'autre à Athènes.

(2) Le *correus promittendi non socius* qui prouve sa qualité de mandataire peut, je le pense, exiger la cession des actions. Tout ce que j'ai voulu soutenir précédemment (n° 551), c'est que le droit d'obtenir cette cession n'est pas inhérent à la qualité de *correus promittendi*.

société ne fût pas aussi usitée, beaucoup plus usitée peut-être que la corréalité sans société? Cette conclusion ne serait pas plus fondée que si l'on s'avisait de poser comme fait ordinaire la gratuité de la stipulation, sous le prétexte que ses formes ne suffisent pas à révéler le caractère d'une opération à titre onéreux.

IV. — DES SOURCES DE LA CORRÉALITÉ EN DEHORS DE LA STIPULATION.

554 *a*. La stipulation, c'est-à-dire l'accord des volontés manifesté par certaines solennités verbales, telle jusqu'à présent nous apparaît la source des obligations corréales; et à s'attacher strictement aux expressions *duo rei stipulandi, duo rei promittendi,* on pourrait croire qu'en dehors de la stipulation il n'y a jamais de corréalité. Cela fut peut-être vrai à l'origine, mais il est constant que de bonne heure la réalité cessa de répondre au langage. Si l'on considère, en effet, que la formule du contrat *litteris* et la formule du legs *per damnationem* impriment à la volonté de l'homme la même puissance que la formule du contrat *verbis,* on en conclura que, dès une antiquité reculée et bien avant l'époque du développement scientifique du droit, la corréalité put s'établir tant par voie d'*expensilatio* que par testament. Cette solution, déduite du raisonnement pur, est confirmée par les textes. Des banquiers devenus créanciers ou débiteurs ensemble, et qu'on suppose très clairement n'avoir pas contracté *verbis*, donc avoir usé de la forme littérale si familière à cette classe de personnes, sont assimilés à de véritables *correi* (L. 9 pr.; L. 27 pr., *De pact.*, II, 14. — L. 34, *De recept.*, IV, 8). Nous voyons également qu'un testateur, faisant un legs qui ne doit être payé qu'une fois, peut l'imposer en totalité à chacun de ses héritiers ou l'adresser à plusieurs légataires dont l'un quelconque demandera le tout, et la qualification de *correi* est expressément appliquée à ces divers héritiers ou légataires (L. 8 § 1, *De leg.* 1°, XXX. — L. 16, *De leg.* 2°, XXXI). En dehors de ces hypothèses, c'est-à-dire partout où l'obligation se forme sans solennités, j'estime que pendant longtemps la corréalité fut impossible. Mais quand la jurisprudence eut reconnu la force des pactes joints *in continenti* à un contrat de bonne foi, et plus tard à un contrat de droit strict, la corréalité put évidemment résulter d'un contrat quelconque. Quant à la corréalité active, cette doctrine est consacrée par deux décisions relatives l'une au dépôt (L. 1 § 44, *Dep.*, XVI, 3),

l'autre au *mutuum* (L. 9, C., *Si cert. pet.*, IV, 2), et il n'est pas téméraire de les généraliser : si les textes eux-mêmes ne nous offrent pas cette généralisation, cela tient sans doute à ce que la corréalité active était beaucoup moins usitée que la corréalité passive. Quant à celle-ci, la précision des témoignages ne laisse rien à désirer. Papinien, dans un texte décisif (L. 9 pr., *De duob. reis*), pose comme règle générale et placée hors de toute controverse, que la dette corréale ne naît pas seulement de la stipulation, mais aussi du testament ou d'un contrat quelconque. Il est vrai qu'à titre d'exemples il mentionne seulement la vente, le louage, le commodat et le dépôt, c'est-à-dire des contrats de bonne foi. D'où l'on pourrait être tenté de conclure qu'il exclut le *mutuum*; mais en admettant, ce que je ne crois pas, qu'une telle exclusion fût dans sa pensée, il est certain que le droit définitif ne la consacra pas; cela est prouvé par un texte de Paul (L. 71 pr., *De fid.*, XLVI, 1), et surtout par deux constitutions de l'empereur Dioclétien (LL. 5 et 12, C., *Si cert. pet.*). Voilà donc le domaine de la corréalité devenu exactement aussi large que celui des obligations civiles qui supposent un accord de volonté : est-ce là le dernier terme de son développement? Je ne le crois pas. Ulpien (L. 16 pr., *De pec. const.*, XIII, 5) nous apprend qu'une dette corréale peut naître du pacte de constitut, et, par réciprocité, sans doute une créance corréale en naîtrait aussi. Je généralise, et je conclus par cette règle : la corréalité tant active que passive impliqua toujours le consentement des parties (1) ; mais elle est possible, dans le dernier état des choses, partout où l'obligation, quelle que soit la source du droit qui la consacre, a pour base le consentement (2). Et

(1) La corréalité établie par testament semble fournir une objection contre cette proposition. Mais l'objection s'évanouit si l'on réfléchit qu'un legs ne devient obligatoire que par le concours de deux volontés, celle de l'héritier qui accepte l'hérédité et celle du légataire qui accepte le legs.

(2) Il y a, en ce qui concerne la corréalité passive, une théorie toute différente de la mienne et que je ne puis négliger de faire connaître. Deux propositions la résument : 1° la dette corréale ne résulterait jamais ni d'un contrat de bonne foi ni d'une convention qui, comme le constitut, n'est sanctionnée que par une action *in factum*. Tout ce que la volonté des parties pourrait faire en de pareilles hypothèses, ce serait de créer une obligation solidaire (n° 556); 2° la dette corréale pourrait se produire en dehors de toute convention, et c'est ce qui arriverait lorsque plusieurs personnes sont tenues chacune pour le tout d'une obligation qu'un seul payement doit éteindre, mais qui est sanctionnée par une *condictio*, telle que celle de plusieurs voleurs soumis à la *condictio furtiva*. — A mes yeux, ces deux propositions sont l'une et l'autre absolument fausses. Pour commencer par la seconde, qui est de beaucoup la moins importante, elle ne s'appuie que sur un texte

voilà pourquoi, à côté des vieilles expressions *rei stipulandi, rei promittendi*, qui restèrent techniques, nous rencontrons ces autres expressions *rei credendi, rei debendi*, mieux appropriées à la largeur de la théorie définitive (L. 34 pr., *De recept.*, IV, 8).

V. — LA CORRÉALITÉ DISTINGUÉE DE L'INDIVISIBILITÉ ET DE LA SIMPLE SOLIDARITÉ.

555 *a*. Deux confusions doivent être évitées : l'une entre la corréalité tant active que passive et l'indivisibilité, l'autre entre la corréalité passive et la simple solidarité.

Quand l'obligation indivisible a plusieurs sujets actifs ou passifs, le droit d'agir compète pour le tout à chacun ou contre chacun, et néanmoins il s'éteint à l'égard de tous par un simple payement ou par une seule poursuite. Or, ce sont là des résultats également attachés à la corréalité. Mais qu'on y prenne garde : la corréalité dérive de la volonté des parties, l'indivisibilité tient à la nature de l'objet dû. Telle est la différence fondamentale au point de vue purement théorique, et de là un certain nombre de différences pratiques dont voici les principales : 1° tandis que la corréalité active et la corréalité passive vont très bien l'une sans l'autre, et c'est le fait ordinaire, l'indivisibilité active et l'indivisibilité passive marchent nécessairement inséparables (1); 2° où il n'y a qu'un seul créancier et qu'un seul débiteur, la corréalité ne se conçoit pas ; l'indivisibilité, au

(L. 1, C., *De cond. furt.*, IV, 8) que l'on est obligé de tronquer et qui, pris tel que Justinien nous le donne, la réfute péremptoirement, comme on le verra tout à l'heure (page 340, note 1). Quant à la première proposition, elle a d'abord le tort de méconnaître soit la décision d'Ulpien relative au constitut, soit surtout l'assimilation si positive que Papinien établit entre les contrats de bonne foi et la stipulation. Puis, ce qui est plus grave, si l'on admet que dans le *mutuum* les pactes adjoints puissent engendrer la corréalité passive, comment leur refuser cette vertu dans les contrats de bonne foi, alors surtout que de l'aveu de *tout le monde* ces contrats sont justement ceux dans lesquels l'effet des pactes adjoints fut le plus tôt et le plus universellement admis? Enfin, n'est-il pas contradictoire de prétendre que là où la corréalité active est possible, la corréalité passive ne le soit pas? Car es partisans du système que je réfute ne font aucune difficulté de reconnaître que la créance corréale peut résulter d'un dépôt, d'une vente ou d'un autre contrat de bonne foi. Tout ce que j'accorderai donc, c'est qu'en dehors des contrats *stricti juris l'obligation contractée par plusieurs personnes pour le tout sera présumée* simplement solidaire plutôt que corréale (n° 556).

(1) On pourrait être tenté de m'opposer deux textes de Paul (L. 85 §§ 4 et 5, *De verb. obl.*); mais, à mon sens, il ne s'agit pas là d'indivisibilité dans le vrai sens du mot.

contraire, non seulement se conçoit, mais produit encore certains effets (n° 515) ; 3° la corréalité n'empêche pas le fractionnement de la créance ou de la dette entre les héritiers du *correus* décédé. Chacun d'eux, dans la mesure de sa part héréditaire, reste *correus* par rapport aux survivants, mais entre eux il n'y a pas de corréalité. Tout au contraire, on a vu que c'est surtout lorsque le créancier ou le débiteur sont morts laissant plusieurs héritiers que l'indivisibilité se manifeste dans toute la plénitude de ses effets (n° 517) ; 4° tandis que la corréalité ne fait pas obstacle à une division volontaire des poursuites, l'indivisibilité entraîne nécessité de demander le tout ou de ne rien demander ; mais je rappelle que dans le cas de pluralité de créanciers celui qui agit n'obtient condamnation que pour sa part, résultat inadmissible quand c'est un *correus stipulandi* qui exerce la poursuite *in solidum ;* 5° on a vu qu'en principe le bénéfice ou la charge de l'obligation corréale ne se divise pas entre les *correi;* tout au contraire, cette division constitue la règle en cas d'indivisibilité, car si l'un des créanciers ou des débiteurs touche ou paye le tout, ce n'est point là l'effet d'une volonté commune, ce n'est que la conséquence fatale de la nature de l'objet.

556 *a.* La distinction de la corréalité passive et de la simple solidarité est plus délicate, parce que les textes ne nous donnent ni une théorie toute faite des obligations solidaires, ni, je le crains, les éléments nécessaires pour en construire une. La vérité est que les Romains ont procédé ici sans esprit de système, que chacune de ces obligations a ses règles propres, et cela tient à l'extrême diversité des faits qui les engendrent. La dette solidaire pèse pour le tout sur plusieurs, et néanmoins un seul payement l'éteint à l'égard de tous : voilà sa ressemblance avec la dette corréale. Mais elle s'en distingue par un caractère constant : c'est qu'ici on n'exagère plus l'idée de l'unité d'objet au point d'admettre que la poursuite exercée contre l'un des débiteurs emporte libération des autres.

Je n'essayerai pas d'énumérer les obligations solidaires, mais je crois pouvoir les ramener toutes à trois catégories générales : 1° les unes, et ce sont de beaucoup les plus fréquentes, dérivent du consentement des parties, c'est-à-dire d'un contrat ou d'une convention assimilée à un contrat. Toutefois, une difficulté s'élève : quand plusieurs personnes se sont obligées pour le tout chacune, comment discerner si c'est une véritable corréalité qu'elles ont voulu établir ou une simple solidarité? Je réponds à cette question par une distinction que les

textes ne formulent pas, mais qui me paraît les expliquer tous : dans les contrats de droit strict, c'est la corréalité qu'on présume; partout ailleurs, c'est la simple solidarité, toujours plus favorable au créancier et souvent moins compromettante pour les débiteurs. A l'appui de cette distinction, je remarque qu'aucun texte n'exclut les effets spéciaux de la corréalité quand il s'agit de plusieurs débiteurs tenus en vertu d'un contrat de droit strict, tandis que cette exclusion est formellement exprimée à propos de plusieurs personnes qui ont figuré dans un même contrat comme dépositaires, mandataires, acheteurs ou locataires de la même chose, ou qui ont donné ensemble un *mandatum pecuniæ credendæ* (L. 5 § 15, *Comm.*, XIII, 6. — L. 1 § 43, *Depos.*, XVI, 3. — L. 13 § 9; L. 47, *Loc. cond.*, XIX, 2. — L. 52 § 3, *De fid.*, XLVI, 1. — L. 13, C., *De loc.*, IV, 65); 2° la solidarité se rencontre aussi entre plusieurs débiteurs tenus, en dehors de toute convention, d'une action *rei persequendæ gratia* née du même fait. Tel est le cas de plusieurs tuteurs obligés envers le même pupille (L. 18 § 1, *De adm. et per. tut.*, XXVI, 7. — N° 151), ou de plusieurs magistrats municipaux chargés d'administrer les finances d'une même cité (L. 11 pr., *Ad munic.*, L, 1) (1); 3° enfin, il y a des cas rares et exceptionnels où la solidarité résulte d'un fait qualifié délit. Cela n'a guère lieu que lorsque l'action qui le sanctionne a pour but principal et peut avoir pour unique résultat d'indemniser le demandeur. Comme exemples je citerai les actions *quod metus causa* et *de dolo* (L. 14 § 15; L. 15, *Quod met. caus.*, IV, 2. — L. 17 pr., *De dol. mal.*, IV, 3) (2).

J'ai dit, et l'ensemble des textes précités justifie mon affirmation, que dans les obligations simplement solidaires l'effet extinctif de la

(1) On peut également citer l'hypothèse de plusieurs voleurs soumis à la *condictio furtiva*. Un texte formel (L. 1, C., *De cond. furt.*, IV, 8) nous dit que l'action est donnée contre tous *in solidum*, mais qu'elle ne s'éteint que par le payement. Il est vrai que, dans un esprit de système, afin de trouver dans ce texte une application de la corréalité proprement dite, on y a retranché ces mots : *si ab uno satisfactum fuerit*. Mais rien n'autorise cette mutilation.

(2) Je ne parle pas des actions pénales véritables, de celles qui, comme l'action *furti*, tendent toujours à enrichir le demandeur. Là aussi on dit que chaque débiteur est tenu *in solidum*, mais on le dit dans un sens tout différent, pour signifier qu'il y a lieu à autant de payements ou à autant de condamnations qu'il y a de débiteurs. Les obligations qui donnent naissance à de telles actions n'ont donc rien de commun avec les obligations corréales. Telle est du moins la règle ordinaire. Mais elle n'est point absolue; car je trouve la simple solidarité admise entre personnes tenues de l action *de dejectis et effusis* (L. 1 § 10; LL. 3 à 4, *De his qui eff.*, IX, 3).

litis contestatio ne peut être opposé que par le débiteur poursuivi (1). Serait-il possible de leur trouver un autre caractère commun qui les séparât des obligations corréales? Je ne le crois pas. Cependant lorsque la poursuite dirigée contre l'un des débiteurs n'est fondée ni sur son dol personnel, ni sur un dol commun à tous, il lui est permis, ayant payé, d'exercer un recours contre ses codébiteurs pour leur faire supporter une part de la dette, et par voie de conséquence, on l'autorise à exiger soit la division de l'action entre lui et les autres débiteurs solvables, soit, s'il le préfère, la cession des actions du créancier (L. 1 §§ 10 à 14, *De tut. et rat.*, XXVII, 3. — L. 45, *De adm. et per.*, XXVI, 7. — L. 4, *De his qui eff.*, IV, 3).

DES STIPULATIONS ET PROMESSES ACCESSOIRES

SOMMAIRE : I. Notions générales sur les stipulations et promesses accessoires. — II. De l'*adstipulatio*. — III. Division des *adpromissores* en trois classes. — IV. De la fidéjussion considérée comme obligation contractuelle, formée *verbis*, et résultant d'un contrat distinct du contrat principal. — V. De la fidéjussion considérée comme obligation accessoire. — VI. Des droits du créancier contre les fidéjusseurs. — VII. De l'extinction de la fidéjussion. — VIII. Du recours du fidéjusseur qui a payé. — IX. De la *fidejussio indemnitatis*. — X. De la *fidejussio alterna*. — XI. De la fidéjussion considérée comme *intercessio*, et du sénatus-consulte Velléien.

I. — NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES STIPULATIONS ET PROMESSES ACCESSOIRES

557. A côté d'un stipulant principal, on trouve quelquefois un stipulant accessoire appelé *adstipulator* (Gaius, III, § 110); plus souvent, à côté d'un promettant principal intervient un promettant accessoire (Inst., pr., *De fid.*, III, 20) que quelques textes appellent *adpromissor* (L. 64 § 4, *Sol. matr.*, XXIV, 3. — L. 5 § 2, *De verb. obl.*, XLVI, 1. — L. 43, *De sol.*, XLVI, 3) (2).

L'objet de l'*adstipulatio* ou de l'*adpromissio* (3) est nécessaire-

(1) Par voie de conséquence, le créancier peut non seulement poursuivre tous les codébiteurs ensemble, mais demander le tout à chacun, et, si le juge y consent, les faire condamner tous *in solidum* (t. II, p. 253).

(2) Festus (voy. *Adpromissor*) définit ainsi l'*adpromissor* : *qui, quod suo nomine promisit alter, idem pro altero quoque promittit*. Outre l'*adpromissor*, les Romains, nous le verrons plus loin (nos 689 et 722), connurent deux autres sortes de cautions qui ne s'engageaient pas *verbis*. Le mot *adpromissor* est donc beaucoup moins large que notre mot caution, qui désigne toute personne obligée accessoirement pour la dette d'un tiers.

(3) Ces mots ne se rencontrent ni l'un ni l'autre dans les textes juridiques que

ment identique à l'objet de l'obligation principale. C'est un trait de ressemblance qu'elles ont avec la corréalité. Mais voici en quoi elles en diffèrent : tandis que les *correi* contractent tous pour leur propre compte, par conséquent sur un pied d'égalité, et se trouvent placés dans un état d'indépendance respective qui fait que chacun est jusqu'à un certain point traité comme seul créancier ou seul débiteur, l'*adstipulator* et l'*adpromissor* nous apparaissent avec une double figure; mis en regard de la partie qui joue le rôle adverse, l'un est bien créancier, l'autre est bien débiteur; mais, dans leurs rapports avec le principal stipulant ou le principal promettant, ils n'ont plus qu'un rôle subordonné : ils sont des mandataires (1). L'obligation ne doit donc ni enrichir l'*adstipulator* ni appauvrir l'*adpromissor* (Gaius, III, §§ 111 et 127). Cette différence au fond ne pouvait manquer de se traduire en une différence dans les formes. Et en effet, tandis que les *correi* deviennent créanciers ou débiteurs par un seul et même contrat, l'*adstipulatio* et l'*adpromissio* ne prennent naissance que par un contrat entièrement distinct du contrat principal. S'agit-il d'*adstipulatio :* le débiteur ne répond pas d'un seul coup à l'interrogation du principal stipulant et à celle de l'*adstipulator;* il fait deux réponses séparées, chacune suivant immédiatement l'interrogation qui la provoque. S'agit-il d'*adpromissio:* le débiteur principal et l'*adpromissor* n'attendent pas, pour répondre, d'avoir été l'un et l'autre interrogés; chaque question est suivie de sa réponse. Ces formes, plus souples que celles de la corréalité, n'impliquent pas que le contrat accessoire se constitue au même moment et au même endroit que le contrat principal.

L'*adstipulatio* et l'*adpromissio*, bien que soumises, quant au fond et quant à la forme, à des règles sensiblement parallèles, n'ont plus rien de commun quand on considère leur but principal. L'*adstipulatio*, conçue dans l'intérêt exclusif du créancier, fut un produit indirect de la vieille règle : *Nemo alieno nomine lege agere potest.* Et voici comment : Titius, à qui je prêtais de l'argent, m'en

nous possédons. On trouve *adstipulatio* dans les auteurs littéraires (Quintil., XI, 3; Pline l'Ancien, XXIX, 1). Mais je ne connais aucun exemple du mot *adpromissio*, et néanmoins il me paraît d'une latinité non douteuse.

(1) Ceci est absolument vrai de l'*adstipulator*, mais non pas, on le verra bientôt (nº 571), de l'*adpromissor*. L'un et l'autre, en effet, rendent un service; mais comme l'*adstipulator* peut compromettre les droits du créancier, son intervention ne saurait être spontanée. L'*adpromissor*, au contraire, ne peut jamais nuire au débiteur : pourquoi donc ne s'engagerait-il pas à l'insu de celui-ci et même malgré lui?

promettait le remboursement pour les calendes de janvier; mais je prévoyais qu'à cette époque une absence ou tout autre obstacle pourrait m'empêcher d'agir en justice, et d'autre part je savais que la loi ne me permettait pas de confier l'exercice de mon action à un tiers. Comment me tirer d'embarras? Je faisais intervenir un *adstipulator* qui poursuivrait de son propre chef et me rendrait compte. J'échappais ainsi aux dangers de la règle sans la violer (1). Quant à l'*adpromissio*, c'est dans l'intérêt commun des deux parties qu'elle fut créée : en apparence, elle ne tend qu'à garantir le créancier contre le risque de l'insolvabilité du débiteur, mais par cela même elle est un moyen de crédit pour ce dernier; tel, inconnu ou pauvre, cherchera vainement qui lui prête sur sa seule foi personnelle; mais qu'il sache inspirer confiance à un capitaliste notoirement solvable, et que celui-ci consente à le couvrir de sa garantie, aussitôt l'argent, qui le fuyait, s'offrira à lui. Ainsi, tandis que l'*adstipulatio* n'avait de raison d'être que dans les exigences d'une procédure arbitraire, l'*adpromissio* répondait à une nécessité de tous les temps. L'une donc n'avait que la valeur d'un fait accidentel; l'autre dérivait d'une idée qui, sans doute, demandait à être appliquée d'une façon à la fois plus large et plus simple, mais qui ne devait pas périr.

Si les institutions juridiques disparaissaient toujours en même temps que leur cause, l'*adstipulation* n'eût pas survécu à la procédure de *legis actiones*. Mais elle se maintint longtemps encore, grâce à l'esprit conservateur des jurisconsultes qui surent lui trouver une fonction en dehors de sa destination primitive. Gaius (III, § 117) nous présente l'*adstipulatio* comme utile pour donner effet à la stipulation *post mortem creditoris*. Comment comprendre ce résultat? Par la combinaison de deux idées. D'une part, la stipulation *post mortem creditoris*, quoique nulle selon le droit civil, vaut comme cause d'obligation naturelle, et par conséquent peut servir de support à une stipulation accessoire; d'autre part, le droit civil lui-même permet de stipuler *post mortem alterius*, et c'est justement ce que fait l'*adstipulator*. Donc l'action que le stipulant principal n'a pas pu acquérir pour ses héritiers, l'*adstipulator* l'acquiert en son propre nom, et il l'exercera dans leur intérêt. Généralisant, je dirai que, partout où une stipulation, nulle selon le droit civil, aboutit néanmoins à la formation d'une obligation natu-

(1) Le rôle de l'*adstipulator* ainsi compris, on s'explique très bien pourquoi Cicéron le compare à un *advocatus* (*In Pison.*, 9).

relle, un *adstipulator* intervient valablement, pourvu que la cause de nullité qui affecte la stipulation principale n'existe pas par rapport à lui (1). Tel serait, sans aucun doute, le cas de la stipulation *pridie quam moriar* et de celle qu'un pérégrin ferait dans la forme *spondes spondeo*. Cette fonction restreinte et peu pratique, qui, à coup sûr, ne suffirait pas à expliquer l'introduction de l'*adstipulatio*, disparut elle-même. Si en effet on se place dans le droit de Justinien, je ne crois pas qu'il s'y rencontre une seule hypothèse où l'action pût se concevoir naissant en la personne d'un stipulant accessoire et ne naissant pas du chef du stipulant principal. Aussi, le nom même de l'*adstipulatio* ne figure-t-il pas dans la compilation de ce prince (2).

II. — DE L'*adstipulatio*.

558 *a*. Je n'insisterai que sur deux points : l'*adstipulatio* est un contrat accessoire, et elle contient un mandat donné par le stipulant principal à l'*adstipulator*.

De son caractère accessoire je déduis deux conséquences : 1° elle a nécessairement le même objet que la stipulation principale, les formules citées par Gaius (III, § 112) en font foi ; 2° elle ne peut, à aucun point de vue, être contractée sous des conditions plus onéreuses pour le débiteur, par exemple comprendre dix quand le principal créancier n'a stipulé que cinq, ou être pure et simple quand il a stipulé à terme ou sous condition (Gaius, III, § 113) (3). Mais, en sens inverse, elle peut être moins onéreuse à un point de vue quelconque, et pareillement il n'est pas nécessaire que l'*adstipulator* emploie la même formule d'interrogation que le stipulant principal (Gaius, III, § 112) (4).

(1) La fonction secondaire que je reconnais ici à l'*adstipulatio* appartient également à l'*adpromissio*, et cela d'une manière bien plus large : ici, en effet, quand même le caractère purement naturel de l'obligation principale tiendrait à l'incapacité du débiteur, il serait toujours possible de trouver un *adpromissor* qui s'obligeât civilement.

(2) Cependant deux textes de Paul, insérés au Digeste, s'y réfèrent assez visiblement (L. 59 pr., *Mand.*, XVII, 1. — L. 108, *De sol.*, XLVI, 3).

(3) En cas de violation de cette règle, l'*adstipulatio* est-elle nulle pour le tout ou seulement réductible à la mesure de l'obligation principale? Il y a lieu ici à la même controverse et à la même solution que sur la question analogue qui s'élève en matière de fidéjussion (n° 563).

(4) L'emploi d'un *adstipulator* était-il possible en dehors des obligations nées du contrat *verbis?* La question revient à savoir s'il faut argumenter par analogie de

J'ai dit, en second lieu, que l'*adstipulator* ne contracte qu'en exétion d'un mandat, et de là plusieurs conséquences qui lui font une physionomie originale entre tous les créanciers : 1° tandis qu'un créancier ordinaire est libre de ne pas exercer son droit, l'*adstipulator* est évidemment tenu d'agir toutes les fois que le créancier lui-même en est empêché ; 2° si, dans ses rapports avec le débiteur, il est pleinement maître de la créance, s'il peut en conséquence l'éteindre par voie de *deductio in judicium*, par novation ou acceptilation, de tels faits le soumettent toujours à l'obligation de réparer le préjudice causé et parfois contiennent un délit (Gaius, III, §§ 215 et 216) (1) ; 3° le mandat étant personnel à celui qui le reçoit, nul n'est capable de jouer le rôle d'*adstipulator* s'il n'a pas de son propre chef l'aptitude à acquérir une créance. Cette capacité est donc refusée à l'esclave et à l'homme libre *in mancipio*, tandis qu'elle appartient aux personnes placées sous la puissance paternelle ou sous la *manus ;* seulement, par application d'une règle générale, ces personnes, tant qu'elles restent *alieni juris*, ne peuvent pas disposer de la créance par voie d'action en justice (Gaius, III, § 114) ; 4° le droit de l'*adstipulator* s'éteint par la *capitis deminutio* (Gaius, III, § 114) ; 5° il ne se transmet pas à ses héritiers (Gaius, III, § 114). La ressource que l'*adstipulatio* offre au créancier principal n'est donc pas absolument efficace, surtout lorsqu'il n'a pas eu soin de faire intervenir plusieurs *adstipulatores*.

III. — DIVISION DES *adpromissores* EN TROIS CLASSES.

Lib. III, tit. xx, *De fidejussoribus*, pr. — Pro eo qui promittit solent alii obligari, qui fidejussores appellantur : quos homines accipere solent, dum curant ut diligentius sibi cautum sit.

C'est l'habitude de faire engager pour le promettant des tiers appelés fidéjusseurs, et cela afin de donner plus de sécurité aux créanciers.

la *sponsio* ou par analogie de la fidéjussion (n° 561). Si l'on considère que l'*adstipulatio* fut organisée à une époque où il n'y avait pas encore de fidéjusseurs, on croira facilement que le premier point de vue dut être admis à l'origine. Mais un texte de Paul (L. 59 pr., *Mand.*, XVII, 1) me paraît prouver que plus tard on s'en écarta.

(1) On peut à cet égard comparer l'effet de l'*adstipulatio* à celui d'une aliénation fiduciaire. L'acquéreur a, dans ses rapports avec les tiers, le droit de propriété le plus absolu ; mais le contrat de fiducie le rend responsable, relativement à l'aliénateur, de l'usage qu'il en fait (n° 285).

§ 7. — Græce fidejussor ita accipitur: τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω, sive βούλομαι; sed et si φημὶ dixerit, pro est eo ac si dixerit λέγω.

Le fidéjusseur peut s'obliger en grec dans les formes suivantes : τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω, ou βούλομαι. Le mot φημὶ lui-même équivaudrait à λέγω.

559. Nous trouvons à l'époque classique trois sortes d'*adpromissores*, dont chacune a sa dénomination propre, savoir : les *sponsores*, les *fidepromissores* et les *fidejussores* (Gaius III, § 115) (1). C'est par la formule de l'interrogation à laquelle ils ont répondu qu'on les distingue les uns des autres : *idem spondes? idem fidepromittis? idem fidejubes?* Telles sont les formules régulières (Gaius, III, § 116).

Comment expliquer la coexistence de trois institutions qui fonctionnent évidemment toutes dans le même but ? A l'origine la *sponsio* exista seule; elle remonte à l'époque où le débiteur principal lui-même ne pouvait s'engager que par la formule *spondes*, et où le contrat de stipulation appartenait par essence au *jus civile* (n° 497). Elle n'était donc possible qu'entre citoyens romains. Plus tard, quand la création de nouvelles formules eut mis la stipulation à la portée des pérégrins, il fallut bien leur permettre de contracter et de recevoir des engagements accessoires. De là la *fidepromissio* qui fut ouverte à tous sans distinction de nationalité (2), je veux dire que le pérégrin lui-même put s'engager ou faire engager quelqu'un envers lui comme *fidepromissor* (Gaius, III, §§ 119 et 120). Mais dès lors ne semble-t-il pas que la théorie de l'*adpromissio* fût assez complète pour répondre à tous les besoins ? On se convaincra du contraire, si l'on remarque que la *sponsio* et la *fidepromissio* étaient soumises à quatre règles étroites qui les rendaient tout à fait insuffisantes comme instruments de crédit : 1° elles ne pouvaient accéder qu'à des obligations verbales (Gaius III, § 119). Il est vrai que la novation fournissait un moyen assez simple de ramener à cette forme toutes les obligations nées d'une autre cause; mais encore fallait-il que cette trans-

(1) Les mots *satisdare* et *satisdatio*, qui se rencontrent à tout instant dans les textes, expriment le fait de fournir un *adpromissor*. En sens inverse, mais beaucoup plus rarement, on trouve les expressions *satis accipere* et *satis acceptio* (Gaius, III, §§ 123 et 125. — L. 5 § 2, *De verb. obl.*, XLV, 1).

(2) A quelle époque fut introduite la *fidepromissio?* on l'ignore. Ce qui est certain, c'est qu'elle est antérieure à la loi Apuléia. Mais la date de cette loi elle-même n'est pas fixée avec précision (p. 380, note 1).

formation obtînt l'agrément du débiteur, et qu'il ne lui fût ni physiquement ni légalement impossible de s'y prêter (n°s 504 à 506); 2° l'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores* ne passait jamais à leurs héritiers, et cela, paraît-il, sans qu'aucune loi l'eût expressément déclaré (Gaius, III, § 120); 3° même de leur vivant, et en la supposant contractée en Italie, elle s'éteignait par le bref délai de deux ans. Ainsi l'avait décidé une loi Furia (Gaius, III, § 121); 4° enfin, d'après la même loi, toujours restreinte au territoire de l'Italie, quand il y avait plusieurs *sponsores* ou *fidepromissores*, l'obligation se divisait de plein droit, au jour de l'échéance, entre tous ceux qui vivaient encore, et cela sans qu'on mît de côté les insolvables (Gaius, III, § 121), de sorte que le stipulant risquait de se trouver en perte pour avoir reçu plusieurs *adpromissores*. Ces trois dernières règles ne pouvaient qu'irriter l'impatience des créanciers, et les pousser, au nom de la prudence, à ne concéder que des termes très brefs et à poursuivre sans pitié. Voulant trop protéger, elles protégeaient mal.

Ce fut sans doute pour échapper à la rigueur et au danger de ces restrictions légales que la jurisprudence, impuissante à les supprimer, introduisit une troisième forme d'*adpromissio* plus large dans son application et plus pleine dans ses effets. La formule *fidejubes* était reçue pour donner naissance à une obligation principale : pourquoi donc lui refuser la vertu d'engendrer une obligation accessoire? Tel fut, j'imagine, le raisonnement que l'on fit, et de ce raisonnement naquit la fidéjussion (1). Elle en naquit, dis-je, avec l'indépendance et la force qui appartiennent naturellement à toute promesse, par conséquent propre à garantir une obligation quelconque, transmissible, perpétuelle, liant chaque fidéjusseur pour le tout jusqu'au payement ou à la poursuite. Mais le raisonnement que je viens d'indiquer devait conduire plus loin encore : pourquoi, en effet, l'obligation accessoire ne se contracterait-elle pas aussi par les formules *dabis* ou *facies?* Seulement, comme une quatrième espèce d'*adpromissio* n'aurait pas eu de sens une fois la fidéjussion consacrée, Gaius (III, § 116) se demande, et il ne répond pas à la question, dans quelle catégorie il convient de ranger la promesse faite en l'une de ces deux formes (2). Le doute évidemment ne se

(1) Dès l'an de Rome 673, une loi Cornélia s'occupait de la fidéjussion.

(2) Selon quelques interprètes, la question posée par Gaius n'aurait pas la signification que je lui donne. La difficulté serait de savoir si celui qui répond à l'interrogation *idem facies?* ou *idem dabis?* s'oblige comme *adpromissor* ou comme

conçoit qu'entre la *fidepromissio* et la *fidejussio*, et je tiens pour probable qu'on se prononça en faveur de celle-ci, comme satisfaisant mieux aux exigences générales du crédit et à l'intention des contractants (1). Enfin, poussant jusqu'au bout l'analogie entre les promesses principales et les promesses accessoires, on dut faire résulter la *fidepromissio* et la *fidejussio* de toute formule qui ne serait que la traduction en langue étrangère d'une formule latine consacrée (§ 7 *sup.*).

Dès l'époque classique, la préférence bien naturelle des créanciers pour la fidéjussion dut avoir pour effet de reléguer à peu près la *sponsio* et la *fidepromissio* dans le domaine de la théorie; puis, l'abrogation des formules solennelles (n° 498) ayant fait disparaître le signe distinctif des trois classes d'*adpromissiones*, elles se confondirent en une seule qui fut nécessairement la fidéjussion. Tel est le droit de Justinien (pr. *sup.*) (2). Ici donc, comme en tant d'autres matières, nous retrouvons au point d'arrivée, comme au point de départ, l'unité, non plus l'unité jalouse et exclusive d'un droit purement national, mais l'unité féconde d'une législation qui ouvre sa protection à tous.

Désormais je placerai la fidéjussion au premier plan, et ce n'est qu'accessoirement et à titre de comparaison que je m'occuperai de la *sponsio* et de la *fidepromissio* (3).

expromissor. En ce sens on allègue que Gaius se borne à indiquer la question et paraît par cela même renvoyer sa réponse à une autre matière qui ne peut être que celle de la novation. Mais alors pourquoi, arrivant à la novation, ne s'explique-t-il pas davantage? Je crois, quant à moi, qu'il se réservait de répondre dans son enseignement oral, et ce qui me paraît écarter péremptoirement l'opinion que je viens d'indiquer, c'est que toutes les formules de novation devaient avoir un même caractère qui les distinguât à première vue des formules d'obligations accessoires. On remarquera, au surplus, que la question posée par Gaius n'aurait pas de sens dans le droit de Justinien, où il n'y a plus qu'une seule espèce d'*adpromissio*, et où la novation doit résulter d'une volonté expresse.

(1) En sens contraire on pourrait objecter que dans le doute c'est l'interprétation favorable au promettant qui doit prévaloir.

(2) Ainsi s'explique, dans la compilation de ce prince, l'emploi des mots *spondere* et *sponsor* comme synonymes de *fidejubere* et *fidejussor* (Inst., §§ 1, 3, 4, *De mand.*, III, 26.). De là aussi l'extrême rareté du mot *adpromissor* devenu inutile et la complète exclusion du mot *adpromissio*.

(3) Je ferai observer ici que de tout temps les mœurs romaines paraissent avoir préféré les sûretés personnelles aux sûretés réelles. Cela ressort de certains textes (L. 34 § 1, *De pign. et hyp.*, XX, 1. — L. 14, *Quib. mod. pign. solv.*, XX, 6), et principalement de la règle générale aux termes de laquelle les satisdations imposées par l'édit ne peuvent être suppléées par une hypothèque ou un gage (L. 7, *De stip. præt.*, XLVI, 5). Cette préférence, si nous nous plaçons à une époque très

IV. — DE LA FIDÉJUSSION CONSIDÉRÉE COMME OBLIGATION CONTRACTUELLE, FORMÉE *verbis*, ET RÉSULTANT D'UN CONTRAT DISTINCT DU CONTRAT PRINCIPAL.

Lib. III, tit. XX, *De fidejussoribus*, § 1. — In omnibus autem obligationibus adsumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractæ fuerint (Gaius, III, § 119).

Des fidéjusseurs peuvent être reçus pour toute espèce d'obligations, soit qu'elles aient été contractées *re*, *verbis*, *litteris*, ou *consensu*.

§ 2. — Fidejussor non tantum ipse obligatur, sed etiam heredem obligatum relinquit (Gaius, III, § 120).

Non seulement le fidéjusseur s'oblige lui-même, mais il transmet son obligation à son héritier.

§ 3. — Fidejussor et præcedere obligationem et sequi potest.

La fidéjussion peut précéder ou suivre l'obligation principale.

560. L'obligation du fidéjusseur naît d'un contrat ; ce contrat se forme *verbis*, et il est distinct du contrat principal. Ces trois idées vont nous expliquer plusieurs des règles de la fidéjussion, non pas celles qui lui donnent son originalité, mais celles qui la rattachent au droit commun des stipulations.

De son caractère de contrat considéré indépendamment de la forme verbale, je déduis les conséquences suivantes :

1° La fidéjussion peut être affectée d'une modalité quelconque (L. 6 § 1, *De fid.*, XLVI, 1). Dans l'application, toutefois, cette règle sera limitée par sa combinaison avec une autre règle aux termes de laquelle l'obligation accessoire ne saurait être plus étendue que l'obligation principale (n° 563).

ancienne, paraîtra toute naturelle à raison des dangers et incommodités de l'aliénation fiduciaire et de l'insuffisance du *pignus* primitif. Mais comment comprendre qu'elle se soit maintenue dans le droit classique, à une époque où les jurisconsultes reconnaissent qu'une bonne hypothèque donne plus de sécurité qu'un simple cautionnement (L. 25, *De reg. jur.*, L, 17) ? Cela tient à ce que, les Romains n'ayant organisé aucune espèce de publicité pour les transmissions de propriété et les constitutions d'hypothèques, on était difficilement sûr qu'une hypothèque fût bonne. Avait-elle été constituée *a domino*, et surtout venait-elle au premier rang ou du moins dans un rang utile? Ces questions pouvaient être fort douteuses. On remarquera d'ailleurs que l'opinion flétrissait le débiteur qui négligeait de payer une dette garantie par des cautions (Cic., *Ad Att.*, XVI, 15). Il se faisait donc un point d'honneur de ne pas les laisser poursuivre, et au *vinculum juris* dont il était tenu s'ajoutait un lien moral qui ne pouvait pas résulter d'une simple constitution d'hypothèque.

2° Le fidéjusseur est tenu d'une action perpétuelle. Logiquement la condition du *sponsor* et du *fidepromissor* aurait dû être la même, et elle le fut à l'origine. Mais la loi Furia, que j'ai déjà mentionnée (n° 559), limita leur obligation à une durée de deux ans (Gaius, III, § 121) (1). Cette loi, faite évidemment pour une société qui souffrait de l'extrême inégalité des fortunes, fut inspirée par un mobile tout politique : on voulut prévenir les désordres presque périodiques qui avaient pour cause l'exagération des dettes, et pour cela on ne trouva rien de mieux que de forcer les créanciers à poursuivre dans un bref délai, sous peine de voir leur sûreté s'évanouir. On pensa que les débiteurs, victimes en définitive des rigueurs exercées contre leurs garants, réfléchiraient davantage avant de s'engager et seraient moins tentés d'abuser de leur crédit. Ce qui ajoute à la vraisemblance de cette conjecture, c'est que la loi Furia ne fut jamais applicable qu'en Italie, où les agitations populaires étaient particulièrement fréquentes et dangereuses (Gaius, III, §§ 121 et 122). Nul doute, au surplus, que le délai de deux ans ne commençât à courir qu'au jour de l'échéance; autrement, l'on eût consacré le résultat ridicule d'un créancier perdant une action que peut-être il n'avait pas encore eu le droit d'intenter (2). Il n'est guère douteux non plus que, les deux ans écou-

(1) Il me paraît impossible de fixer avec quelque précision la date de la loi Furia. La plupart des auteurs la rapportent à l'an de Rome 659, époque où l'on trouve un tribun du nom de Publius Furius. D'autres la croient plus ancienne, il y en a même qui la font remonter jusqu'à l'an 408. Si la date de 659 était certaine, nous pourrions presque affirmer que la fidéjussion fut introduite dans le court intervalle qui sépare cette année de l'année 673, date de la loi Cornélia. Car sans doute, en supposant la fidéjussion dès lors existante, la loi Furia n'eût pas négligé de la comprendre dans ses dispositions : c'eût été fournir un moyen trop commode de les éluder. Malheureusement, cette date de 659 a contre elle un texte très précis de Gaius (IV, § 22). Ce jurisconsulte nous apprend que cette loi introduisit une nouvelle application de la *manus injectio pro judicato*. Or il paraît certain qu'en l'an 659 la *manus injectio* avait déjà disparu (n°s 482 et 747).

(2) Supposons que la poursuite soit empêchée par un simple obstacle de fait, tel que la captivité du créancier, ou la jacence de son hérédité. On se demande si le délai extinctif court néanmoins. Deux textes, dont Justinien a altéré le langage et qu'il a rendus inintelligibles, prévoient la question et la résolvent en des sens opposés. Vénuléius (L. 25, *De stip. serv.*, XLV, 3), prenant en considération l'intérêt du créancier, admet la suspension. Javolénus (L. 4, *De div. temp. except.*, XLIV, 3) la rejette par ce motif que les difficultés qui s'opposent à l'exercice de l'action, ne provenant pas du fait de l'obligé, ne doivent pas réfléchir contre lui. Fort probablement les partisans de cette seconde opinion y apportaient dans la pratique un correctif : ils devaient admettre le créancier à se faire restituer *in integrum* toutes les fois qu'aucune faute ne pouvait lui être reprochée.

lés, la libération devait s'opérer *ipso jure*, puisqu'elle avait son principe dans une loi proprement dite (1).

3° L'obligation du fidéjusseur passe à ses héritiers (§ 2 *sup.*). Cette règle, on l'a déjà vu, fut écartée à l'égard du *sponsor* et du *fidepromissor* (Gaius, III, § 120), et cela évidemment par suite d'une idée semblable à celle qui avait fait admettre le caractère viager du droit de l'*adstipulator*. Je m'explique et je précise. On considérait l'*adstipulator* comme ayant reçu un double mandat, celui de devenir créancier et celui de faire valoir la créance. Si donc il mourait n'ayant exécuté que le premier, le second s'éteignait. Eh bien, l'on réputait semblablement le *sponsor* et le *fidepromissor* investis de deux mandats distincts, dont l'un consistait à s'obliger et l'autre à acquitter l'obligation, et de là on concluait encore que ce second mandat, n'étant point exécuté au moment de leur décès, ne pouvait leur survivre. Mais l'assimilation de ces deux situations, je le dis sans hésiter, n'était pas rationnelle. Car s'il est facile à l'*adstipulator* de compromettre les intérêts de son mandant, cela est impossible à un *adpromissor*. Donc, que le droit de l'*adstipulator* ne lui survive pas, rien de plus naturel : ses héritiers n'ont pas eu la confiance du créancier, peut-être même lui sont inconnus ou suspects. Mais que l'obligation de l'*adpromissor* s'éteigne par sa mort, qui donc, hormis ses héritiers, peut se féliciter d'un tel résultat? Ce n'est ni le créancier, toujours à la veille de voir s'évanouir une sûreté si fragile, ni le débiteur, dont le crédit baisse quand le créancier est mal garanti. Il aurait donc fallu, pour régler les conséquences de l'*adpromissio* par rapport au stipulant, rejeter l'idée d'un double mandat; il aurait fallu considérer l'obligation de payer comme une simple conséquence du mandat de promettre une fois exécuté, et c'est ce que l'on comprit quand on organisa la fidéjussion (2).

4° Les obligations contractuelles n'ayant d'autres limites que celles que la volonté des parties leur assigne, la fidéjussion doit être possible, quelle que soit l'étendue de l'obligation principale. Tel

(1) Outre les textes cités à la note précédente, il y en a plusieurs au Digeste qui se rapportaient certainement à la disposition de la loi Furia, et qui, appliqués par Justinien à la fidéjussion, sont devenus à peu près inintelligibles (L. 29 § 6, *Mand.*, XVII, 1. — L. 69, *De fid.*, XLVI, 1. — L. 71 § 1, *De sol.*, XLVI, 3).

(2) C'est par l'intransmissibilité de la *sponsio* et de la *fidepromissio* qu'il faut expliquer certains textes du Digeste que Justinien a détournés de leur sens originaire et a par cela même rendus fort obscurs (L. 32 § 1, *De cond. ind.*, XII, 6. — LL. 69 et 72, *De fid.*, XLVI, 1).

fut le droit primitif, et tel est certainement celui de Justinien. Mais une loi Cornélia, rendue sous la dictature de Sylla, et qui embrassa les trois classes d'*adpromissores*, défendit qu'une même personne promît pour le même débiteur au même créancier et dans la même année une valeur supérieure à vingt mille sesterces (Gaius, III, § 124) (1). Conçue dans une pensée identique à celle de la loi Furia, cette loi tendait visiblement à limiter le crédit des débiteurs (2); mais sans doute elle atteignit mal son but, puisqu'elle leur laissait la facilité de faire intervenir plusieurs *adpromissores* garantissant chacun une partie de la dette et entre eux tous la garantissant tout entière. Au surplus, par cela même qu'elle se proposait de décourager la confiance des créanciers, elle ne dut s'appliquer que dans l'hypothèse d'une obligation principale née d'une convention et ayant une existence certaine, c'est-à-dire constituant un *creditum* (3), et c'est en effet ce que le texte de Gaius constate (4). J'ajoute qu'on ignore si l'*adpromissio* exagérée était nulle pour le tout ou simplement réductible (5), et qu'on ne sait pas non plus à quelle époque et de

(1) Les Romains distinguaient le *sestertius*, monnaie d'argent valant environ vingt centimes de notre monnaie, et le *sestertium*, monnaie de compte qui comprenait mille fois le *sestertius*. C'est évidemment du petit sesterce qu'il s'agit ici, ce qui ne porte qu'à quatre mille francs le taux fixé par la loi Cornélia. S'il s'agissait du grand sesterce, le taux eût été de quatre millions, et à coup sûr la loi n'aurait ni gêné ni protégé personne.

(2) On a dit qu'elle se proposait plutôt de protéger les personnes pour qui c'était une obligation morale de se porter cautions. Tels étaient surtout les clients. Mais alors cette loi aurait été dictée par un esprit démocratique, chose fort étonnante, si l'on n'oublie pas qu'elle appartient à la dictature de Sylla.

(3) Gaius nous donne ici la véritable notion du *creditum*, telle que je l'ai précédemment établie (t. II, p. 200, note 1). Sur le mot *pecunia*, voy. t. I, p. 471, note 2.

(4) Le même Gaius (III, § 125) nous indique quatre cas où l'*adpromissio* n'est soumise à aucune limitation; les voici : 1° la dette principale a pour objet la restitution d'une dot; 2° la satisdation est ordonnée par un *judex*, et ce mot comprend sans doute aussi le magistrat. On remarquera qu'en ce cas le *creditum* n'est pas absolument volontaire; 3° la dette principale résulte d'une disposition testamentaire. Où trouver ici les éléments d'un *creditum?* peut-être dans l'acceptation même du legs et du fidéicommis, et sûrement dans la promesse que le créancier se fait faire par le débiteur principal avant de stipuler de l'*adpromissor;* 4° enfin il s'agit de garantir le payement de la *vicesima hereditatum* (n° 414). D'où provient ici le *creditum?* sans doute d'une promesse que l'héritier fait aux agents du fisc avant de fournir la *satisdatio*. — Cette quatrième exception à la règle résultait de la *lex vicesima hereditatum;* les trois précédentes étaient écrites dans la loi Cornélia. Mais n'y en avait-il point d'autres? Le mot *velut* qu'emploie Gaius permet le doute.

(5) La solution dépend de la manière dont on restitue quelques mots restés illisibles dans le manuscrit de Gaius (III, § 124).

quelle manière la loi Cornélia disparut. Ce qui est certain, c'est que la compilation de Justinien n'en a pas conservé le moindre vestige.

561. De ce que la fidéjussion se contracte dans la forme verbale je tire trois déductions :

1° L'aptitude à figurer dans une stipulation contient, en principe, l'aptitude à figurer dans un contrat de fidéjussion (1). Mais on verra bientôt (n° 575) que, lorsque le fidéjusseur s'oblige dans l'intérêt d'autrui, et c'est le cas ordinaire, notre règle reçoit deux exceptions qui ne sont que l'application des lois spéciales à l'*intercessio*.

2° La stipulation s'appliquant par sa nature à toutes les choses qui peuvent entrer dans une obligation, il en résulte que la fidéjussion accède valablement à une dette quelconque (2), non seulement, selon la formule un peu étroite de Gaius (III, § 119) et des Institutes (§ 1 et *sup.*), à une dette contractuelle, mais aussi à celle qui s'est produite en dehors de toute convention et même par l'effet d'un délit (L. L. 1, 8 §§ 5 et 6, *De fid.*) (3). Que si, comme on l'a vu, cette règle très raisonnable fut méconnue dans la théorie de la *sponsio* et de la *fidepromissio*, cela tint sans doute à une exagération de logique : on partit de cette idée générale que l'obligation accessoire devait être conçue à l'image de l'obligation principale, et on crut, ce fut là l'erreur, que cela impliquait non seulement l'identité d'objet, mais l'identité

(1) Cela ne veut pas dire que le créancier, dans les cas où il a le droit d'exiger un fidéjusseur, soit obligé d'accepter le premier venu. La personne qui lui est présentée doit être capable de contracter une obligation qui permette de la poursuivre elle-même, si elle est *sui juris*, sinon, de poursuivre celui à la puissance de qui elle est soumise. Il faut, de plus, qu'elle soit actuellement solvable, ou, si elle est *alieni juris*, que les biens qui serviront de gage à son obligation soient suffisants (L. 3, *De fid.*).

(2) Par exception, une constitution impériale de l'an 381 défendit à la femme de recevoir de son mari un fidéjusseur qui lui garantît la restitution de la dot. Justinien étendit cette prohibition à toute espèce d'*intercessio*, et cela quel que fût le débiteur de la dot. Se marier, c'est faire acte de confiance; exiger un *intercessor*, c'est manifester de la défiance : tel fut le motif de cette législation (LL. 1 et 2, C., *De fid. vel mand. dot.*, V, 20).

(3) Les Romains avaient un brocard ainsi conçu : *maleficiorum fidejussorem accipi non posse.* Mais Gaius, qui nous le fait connaître, nous explique en même temps qu'il n'était qu'une application de la règle *societas delictorum nulla est* (L. 71 § 5, *De fid.*). Ainsi deux personnes ont commis ensemble un *furtum;* l'une d'elles, qui détient la chose volée, ne peut pas assurer à l'autre la restitution de sa part en lui fournissant un fidéjusseur. De même celui qui, sur les conseils d'un tiers, s'engage à commettre un vol, se fait vainement donner un fidéjusseur à raison de la peine à laquelle il pourra être condamné.

de cause (1). Du reste, l'interprétation des jurisconsultes se montra aussi large que le comportait l'étroitesse de la règle : étant admis que le *sponsor* et le *fidepromissor* n'accèdent qu'à des obligations verbales, du moins comprirent-ils dans cette formule les obligations engendrées par la *dotis dictio* et le *jusjurandum liberti* (2).

3° Le contrat de stipulation étant unilatéral, le fidéjusseur s'oblige envers le créancier, mais le créancier ne s'oblige pas envers le fidéjusseur. On verra bientôt (n° 564) quelles sont les principales conséquences qui se déduisent de cette proposition, et quelles restrictions y furent successivement apportées. Pour le moment, je ne veux insister que sur une obligation toute spéciale imposée au créancier par la loi Cicéréia (Gaius, III, § 123). Je remarque d'abord que les dispositions de cette loi ne visaient expressément que la *sponsio* et la *fidepromissio*, et cela sans doute parce que l'on ne connaissait pas encore la fidéjussion, mais que la jurisprudence les étendit à cette troisième et dernière forme d'*adpromissio* ; sur ces deux points Gaius est formel. Donc la loi Cicéréia décidait qu'avant d'interroger les *adpromissores*, le créancier devrait déclarer tout haut en leur présence (*prœdicere palam et declarare*) quel était l'objet de la dette qu'il voulait leur faire garantir et combien il se proposait de recevoir d'*adpromissores* (3). L'oubli de cette règle n'était pas directement sanctionné par la nullité de l'obligation accessoire, mais il y pouvait aboutir ; en effet, dans les trente jours qui suivaient leur promesse, les *adpromissores* étaient investis d'une action préjudicielle (*prœjudicium*) dans laquelle la mission du juge se bornait à résoudre cette question : *la déclaration exigée par la loi a-t-elle été faite?* et s'il rendait une décision négative, leur libération en résultait;

(1) Cette idée nous explique très bien pourquoi ce fut dans la forme verbale que tous les engagements accessoires durent se contracter. Il était impossible, étant donné une obligation principale née d'un emprunt, d'un achat, d'un vol, que celui qui voulait la garantir se fît lui-même emprunteur, acheteur, voleur, tandis qu'il était toujours possible de ramener l'obligation principale à la forme verbale.

(2) Telle était probablement, en ce qui concerne la *dotis dictio*, la décision d'un texte qui n'a plus de signification sérieuse dans le droit de Justinien, et où ce prince a dû substituer les mots *expromittitur* et *fidejussor* aux mots *dicitur* et *sponsor* (L. 55, *De jur. dot.*, XXIII, 3). On peut dans le même sens rapporter au *jusjurandum liberti* la loi 8 § 1, *De op. lib.* (XXXVIII, 1).

(3) La loi Cicéréia empêchait-elle le créancier qui avait déjà reçu un *adpromissor* d'en recevoir plus tard un autre? Je ne le pense pas (L. 6 pr., *De fid.*). Car à cela le premier *adpromissor* ne pouvait que gagner; et en ce qui concerne le second, il devait être averti conformément à la loi.

sinon, ils étaient définitivement tenus. Quel pouvait être le but de la loi Cicéréia? Pour le comprendre, je la supposerai antérieure aux lois Furia et Apuléia. Or on sait déjà que la loi Furia, applicable en Italie seulement, divisait de plein droit l'obligation entre les *sponsores* et les *fidepromissores* encore vivants au jour de l'échéance; et l'on verra bientôt que dans les provinces la loi Apuléia permettait à celui d'entre eux qui avait payé au delà de sa part d'exercer un recours contre les autres. Pour qui a ces dispositions présentes à l'esprit, l'utilité de la *prædictio* imposée par la loi Cicéréia devient manifeste : s'il n'y a qu'un *adpromissor*, il connaît avec précision tout à la fois la somme que le créancier pourra lui demander et la perte que pourra lui faire subir l'insolvabilité du débiteur principal. Que si l'on suppose, et c'est le cas ordinaire, plusieurs *adpromissores*, ils mesureront d'avance le *maximum* et le *minimum* de la charge qui leur est imposée dans leurs rapports entre eux : le *maximum* leur est indiqué par l'objet dû, le *minimum* par le nombre des *adpromissores*. Ces idées bien comprises, il est facile de voir pourquoi la pratique n'hésita pas à appliquer la loi Cicéréia à l'hypothèse d'une fidéjussion. Et en effet, suppose-t-on un seul fidéjusseur : la *prædictio* avait pour lui le même intérêt que pour un *sponsor*. Suppose-t-on au contraire plusieurs fidéjusseurs : ils étaient avertis qu'ils pourraient ou se prévaloir du rescrit d'Adrien relatif à la division, ou, payant le tout, se faire céder les actions du créancier contre leurs cofidéjusseurs.

561 *bis*. Enfin, ai-je dit, la fidéjussion se forme par un contrat distinct. Et de là deux conséquences : 1° elle peut être contractée ailleurs que la dette principale (L. 49 § 2, *De fid.*) (1); 2° il n'est pas nécessaire que l'une naisse à la suite de l'autre sans solution de continuité (§ 2 *sup.*). Il n'importe qu'un intervalle quelconque les sépare, soit que la fidéjussion apparaisse la première, et alors on dit qu'elle garantit une obligation future (L. 35, *De jud.*, V, 1. — L. 50 pr., *De pec.*, XV, 1. — L. 6 § 2, *De fid.*), soit qu'elle ne vienne qu'en second lieu, et c'est ce qui arrive forcément lorsque l'obligation principale a pour cause un fait illicite. Ces décisions s'appliquaient-elles à toute espèce d'*adpromissio*? La logique nous autorise à le croire, et Gaius ne dit rien de contraire (2).

(1) Dans cette hypothèse, le fidéjusseur est néanmoins soumis au même *forum contractus* que le débiteur principal (L. 8, *De eo quod cert. loc.*, XIII, 4). La même règle s'applique au *mandator pecuniæ credendæ* (L. 61, *De fid.*).

(2) On a prétendu cependant que la *sponsio* et la *fidepromissio* devaient inter-

V. — DE LA FIDÉJUSSION CONSIDÉRÉE COMME OBLIGATION ACCESSOIRE (1).

Lib. III, tit. XX, *De fidejussoribus* § 1, suite. — At ne illud quidem interest utrum civilis an naturalis sit obligatio cui adjiciatur fidejussor, adeo quidem ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi naturaliter debetur (Gaius, III, § 119).

Mais il n'y a pas même lieu de rechercher si l'obligation à laquelle le fidéjusseur accède est civile ou naturelle, à tel point qu'il s'engage valablement même pour un esclave, et cela soit envers un étranger, soit envers le maître lui-même pour ce qui lui est dû naturellement.

§ 5. — Fidejussores ita obligari non possunt ut plus debeant quam debet is pro quo obligantur; nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione potest esse quam in principali re : at ex diverso, ut minus debeant obligari possunt. Itaque, si reus decem aureos promiserit, fidejussor in quinque recte obligatur; contra

Les fidéjusseurs ne peuvent pas s'obliger de manière à devoir plus que celui pour lequel ils s'obligent; car leur obligation n'est que l'accessoire d'une obligation principale, et il ne peut y avoir plus dans l'accessoire que dans le principal : mais, à l'inverse, ils peuvent s'obliger de manière à devoir moins. C'est pourquoi, si le débiteur a pro-

venir au moment même de la formation de l'obligation principale. Cette conjecture, dont on a tiré parti pour expliquer un texte de Gaius relatif à la novation (III, § 177), s'appuie sur le mode de rédaction dont Justinien use aux Institutes dans le titre *De fidejussoribus*. Gaius, pour faire connaître la portée et les effets des diverses *adpromissiones*, procédait par voie d'antithèse entre la fidéjussion et les deux autres. La trace de cette antithèse est visible dans les §§ 1 et 2 du titre *De fidejussoribus*, où il est dit que le fidéjusseur accède à toute espèce d'obligations et que son héritier reste tenu. Donc, conclut-on, lorsque le § 3 prend la peine d'exprimer que la fidéjussion peut précéder ou suivre la naissance de la dette principale, il n'y a là qu'une continuation de la même antithèse. Mais l'argument perd toute force, si l'on considère que ce paragraphe n'est plus emprunté à Gaius, et qu'il s'explique assez bien par un rapprochement avec deux autres modes de s'obliger pour autrui, savoir, le pacte de constitut, qui ne peut pas devancer la formation de l'obligation principale, et le *mandatum pecuniæ credendæ*, qui ne peut pas la suivre. Au surplus, à l'appui de l'opinion qui ne distingue pas entre es trois formes d'*adpromissio*, la loi Cicéréia fournit un argument décisif. En effet, la *prædictio* que le créancier est tenu de faire, avant de recevoir l'engagement des *sponsores* ou des *fidepromissores*, n'aurait pas grand sens, si leur promesse devait précéder ou suivre immédiatement la naissance de l'obligation principale.

(1) Le caractère accessoire de la fidéjussion se manifeste fréquemment dans le langage : on l'appelle *accessio* (§ 5 *sup.* — L. 91 § 4, *De verb. obl.* — LL. 3, 5 et 32, *De fid.*), et quelquefois *sequela* (L. 5 § 16, *De inst. act.*, XIV, 3).

vero obligari non potest. Item si ille pure promisserit, fidejussor sub conditione promittere potest; contra vero non potest : non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intelligitur; plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare (Gaius, III, § 126).

mis dix sous d'or, le fidéjusseur s'oblige valablement à cinq, mais la réciproque n'est pas vraie. De même le débiteur ayant promis purement, le fidéjusseur peut promettre sous condition, mais la réciproque n'est pas vraie; car le plus et le moins ne s'entendent pas seulement de la quantité, mais aussi du temps; en effet, c'est donner plus que de donner immédiatement, c'est donner moins que de donner après un certain temps.

562. Le caractère accessoire de la fidéjussion ressort des formules mêmes par lesquels elle se contracte, et peut s'analyser en quatre propositions :

1° Elle suppose l'existence d'une obligation principale, c'est-à-dire indépendante d'elle et dont elle-même dépend. J'ai déjà expliqué (n° 561) que peu importe le fait générateur de cette obligation; à plus forte raison ne recherche-t-on pas si c'est le droit civil ou le droit honoraire qui la consacre (L. 8 § 2, *De fid.*). Mieux que cela, on n'exige pas qu'elle puisse aboutir à une action : une simple obligation naturelle a ici toute la force d'une obligation civile (§ 1 *sup.* — Gaius, III, § 119). Dans le même ordre d'idées, une obligation accessoire peut servir de support à une autre obligation accessoire; en d'autres termes, un premier fidéjusseur (*fidejussor principalis*) fournit valablement un autre fidéjusseur (*fidejussor fidejussoris*) envers lequel il joue lui-même le rôle de débiteur principal (L. 8 § 12; L. 27 § 4, *De fid.*). De cette nécessité d'une dette principale il résulte : 1° que la fidéjussion appliquée à une dette future est tacitement subordonnée à la condition de la naissance de cette dette (1); 2° qu'intervenant sur une obligation nulle, elle ne prend existence qu'autant que la nullité n'exclut pas la formation d'une obligation naturelle (L. 5 § 4, *De don. int. vir.*, XXIV, 1. — L. 29; L. 70 §§ 4 et 5, *De fid.* — L. 129 § 1; L. 178, *De reg. jur.*, L, 17. — § 1 *sup.*) (2);

(1) Ce qui est bizarre, c'est que par l'effet de la rétroactivité de la condition accomplie, la fidéjussion sera réputée avoir existé avant la naissance de l'obligation principale (L. 13 §§ 8 et 9, *De accept.*, XLVI, 4. — T. II, p. 298, note 2).

(2) La formation d'une obligation naturelle suffit aussi pour valider la *sponsio* et la *fidepromissio*, et c'est pourquoi elles accèdent sans difficulté à la promesse

3° qu'intervenant sur une obligation déjà éteinte, elle ne se forme pas non plus, à moins que l'extinction n'ait laissé subsister une obligation naturelle (L. 8 § 3, *De fid.* — L. 38 § 4, *De sol.*, XLVI, 3); 4° enfin que, lorsque l'obligation principale, quoique née et restée valable selon le pur droit civil, est paralysée du chef du débiteur par une exception qui ne tient pas à des causes toutes personnelles, cette exception compète pareillement au fidéjusseur, et cela quand même le débiteur voudrait l'empêcher d'en user et y renoncerait pour son propre compte (L. 15 pr.; L. 32, *De fid.*).

2° Le fidéjusseur ne garantit pas simplement une dette, il s'engage pour un débiteur déterminé, ainsi que cela ressort avec clarté d'un texte où nous lisons que si les dettes d'une hérédité jacente peuvent faire l'objet d'une fidéjussion, ce n'est que grâce à l'intervention de la règle *hereditas personæ vice fungitur* (L. 22, *De fid.*). Je conclus de là qu'en pareille hypothèse, l'hérédité venant à être répudiée par tous les appelés successifs, l'évanouissement de sa personnalité fait évanouir avec elle la fidéjussion (1). J'en conclus aussi qu'aucune fidéjussion n'accède utilement aux obligations d'un fils de famille déjà mort, car il n'a pas laissé d'hérédité (L. 18, *De s.c.t. Mac.*, XIV, 6. — L. 11, *De fid.*) La même idée nous explique qu'un fidéjusseur ne puisse pas s'engager pour le débiteur qui a subi une *maxima* ou une *media capitis deminutio* (L. 47 pr., *De fid.*). Considérée en elle-même, la dette subsiste sans doute, mais à l'égard du débiteur elle est absolument éteinte. Si donc le fidéjusseur veut faire une promesse valable, qu'il la fasse pour celui qui a recueilli le patrimoine du *capite minutus*.

3° Il faut que le fidéjusseur soit distinct du débiteur principal. Cette proposition, naïve à force d'évidence, présente quelque intérêt lorsqu'à la suite d'un même fait deux personnes différentes se trouvent obligées. Par exemple, un esclave qui contracte s'oblige naturellement et du même coup il oblige son maître *de peculio* : or, que plus tard, devenu libre, il vienne se porter fidéjusseur envers le même créancier : sa promesse sera nulle si c'est à sa propre obliga-

d'une femme ou d'un pupille non autorisés par leur tuteur, de même qu'à la promesse *post mortem creditoris*. Mais il faut que l'obligation principale, quoique naturelle, conserve la valeur d'une obligation verbale, et de là, dans l'opinion de beaucoup de jurisconsultes, la nullité de ces deux sortes d'*adpromissiones* appliquées à la promesse d'un esclave ou à celle qu'un pérégrin aurait faite dans la forme *spondes* (Gaius, III, § 119. — N° 506).

(1) Rapprocher, t. I, p. 724, note 4.

tion naturelle qu'elle accède, elle vaudra si elle s'applique à l'obligation prétorienne du maître (L. 21 § 2, *De fid.*).

4° Il faut que le fidéjusseur s'engage envers le même créancier que le débiteur principal (L. 16 pr., *De fid.*) (1). Cette proposition, non moins évidente que la précédente, nous explique pourquoi, tandis que le père de famille, devenu créancier naturel de son fils ou de son esclave, reçoit valablement un fidéjusseur (§ 1 *sup.*), il n'en peut pas fournir un lorsque, les rôles étant renversés, c'est lui-même qui est débiteur naturel des personnes placées en sa puissance. Ce résultat vient de ce que la promesse du fidéjusseur ne pourrait être acquise qu'au père de famille, à qui non seulement la créance n'appartient pas, mais à qui la dette incombe (L. 56 § 1, *De fid.*). Au surplus, un intérêt plus considérable s'attache à notre règle : elle implique, en effet, que l'obligation à garantir compte dans l'actif d'une personne déterminée, et en conséquence elle rend impossible l'accession d'un fidéjusseur à une obligation sanctionnée par une action populaire qui n'a pas encore été intentée (L. 56 § 3, *De fid.* — L. 12 pr., *De verb. sign.*, L, 16).

563. Le caractère accessoire de la fidéjussion engendre des conséquences importantes.

1° Comme le manifeste si bien la formule *idem fide tua jubes* (2), elle ne prend naissance qu'autant que son objet se confond avec celui de l'obligation principale (3). Donc, celle-ci s'appliquant à une somme d'argent, le fidéjusseur qui promet du blé ne s'oblige pas

(1) Deux conséquences de cette idée ont été précédemment signalées (t. II, p. 297, note 2; p. 314, note 2).

(2) Le mot *idem* n'a rien de sacramentel : on est bien forcé de le remplacer par une indication plus détaillée, toutes les fois que la promesse du fidéjusseur précède celle du débiteur principal ou ne la suit qu'à un certain intervalle (L. 55, *De fid.*).

(3) Malgré cette règle, la fidéjussion accède valablement à une obligation de faire, et cela quand même le fait serait de nature à ne pouvoir pas être exécuté par le fidéjusseur lui-même; car ce qui est impossible pour lui n'est pas impossible pour tout le monde (L. 31, *De sol.*, XLVI, 3. — N° 511). Du reste, toutes les fois que la fidéjussion intervient à propos d'une obligation de faire, il y a deux écueils à éviter. Il ne faut pas que le fidéjusseur soit interrogé en ces termes : *spondes Titium facturum?* car son obligation serait nulle comme ayant pour objet le fait d'autrui (L. 65, *De fid.*). Il ne doit pas non plus être interrogé en cette forme : *spondes te facturum?* car sa promesse n'aurait pas le même objet que l'obligation principale. La question pourra donc être ainsi conçue : *factum quod Titius spopondit, fide tua jubes?* Une autre forme, dont nous avons un exemple, consiste à faire promettre directement par le fidéjusseur la somme à laquelle le débiteur principal pourrait être condamné en cas d'inexécution (L. 44, *De fid.*).

(L. 42, *De fid.*) (1). Même résultat, s'il s'agit d'une obligation alternative, et que l'interrogation adressée au fidéjusseur lui confère expressément le choix, alors que la stipulation principale le laissait au débiteur (L. 38 pr., *De fid.*). Du reste la fidéjussion n'embrasse pas nécessairement l'objet tout entier de l'obligation principale : elle peut n'en comprendre qu'une partie (§ 5 *sup.*) (2). Mais cette restriction doit ressortir des expressions mêmes de la formule (L. 68, § 1, *De fid.* — L. 2 § 12, *De adm. rer. ad civ. pert.*, L, 8). Reste à nous demander si, par cela seul que le fidéjusseur a garanti la totalité de l'obligation principale (*omnis causa*), il est virtuellement tenu à raison des causes postérieures qui pourraient la grossir. Je distingue : s'agit-il d'augmentations qui ne soient que le développement et, pour ainsi dire, le produit de l'obligation, il les devra ; c'est ainsi qu'en supposant le débiteur tenu d'une action de bonne foi, les intérêts et les fruits qu'il peut devoir à raison de sa *mora* sont également dus par le fidéjusseur (L. 54 pr., *Loc. cond.*, XIX, 2. — L. 10, *Rem pup.*, XLVI, 6) (3). S'agit-il, au contraire, de toute autre espèce d'augmentations, par exemple d'une peine que le débiteur encourt par son propre fait, la responsabilité du fidéjusseur cesse (L. 8, *De eo quod cert. loc.*, XIII, 4. — L. 68 pr. ; L. 73, *De fid.* — L. 17 § 15, *Ad munic.*, L, 1).

2° L'obligation du fidéjusseur et en général de l'*adpromissor* ne saurait avoir plus d'étendue que l'obligation principale (Gaius III, § 126. — § 5 *sup.*), ou, comme parlent les textes du Digeste, elle ne peut être contractée *in duriorem causam* (4). Voici d'abord un certain nombre d'hypothèses où cette règle serait méconnue : 1° le débiteur a promis

(1) Ce texte appuie sa décision sur ce que l'argent ne s'estime pas en marchandises comme les marchandises s'estiment en argent. Si ce motif était exact, il faudrait admettre que la fidéjussion peut toujours avoir pour objet de l'argent, quoique l'obligation principale porte sur une autre chose. Ce serait le renversement de la règle.

(2) Il y a des cas où l'on se demande si le fidéjusseur a promis *aliud* ou *minus* : on voit que selon la réponse faite il sera tenu ou ne le sera pas. A titre d'exemple je citerai la loi 70 § 2, *De fid.*, déjà expliquée (t. I, 2e édit , p. 657, note 1).

(3) Certaines constitutions, auxquelles le premier texte cité fait allusion, portaient que celui qui paye pour autrui ne doit que le capital. Mais elles ne s'appliquaient qu'à des personnes tenues *ex officio*, par exemple à des magistrats qui avaient placé l'argent de la cité ; elles étaient étrangères aux obligations contractuelles (L. 21 § 1 ; L, 24, *Ad munic.*, L, 1. — L. *unic.*, C., *De his qui ex off.*, XI, 39).

(4) Ces mots ne font aucune allusion à l'énergie et à la sanction plus ou moins parfaite du lien ; car il va sans difficulté que le fidéjusseur qui accède à une obligation naturelle s'oblige civilement.

dix, le fidéjusseur promet vingt; 2° le débiteur promet à terme ou sous condition, le fidéjusseur *pure;* 3° le débiteur promet Stichus, le fidéjusseur promet Stichus ou dix (1); 4° le débiteur a promis Stichus ou dix à son choix, le fidéjusseur promet l'un ou l'autre au choix du créancier (L. 8 §§ 7 à 9, *De fid.*); 5° le débiteur promet simplement de donner dix, le fidéjusseur promet de les donner à Éphèse (L. 16 §§ 1 et 3, *De fid.*); 6° le débiteur promet *creditori aut Titio*, le fidéjusseur promet simplement *creditori* (L. 34, *De fid.*) (2).

Quelle est, dans ces diverses hypothèses, et dans celles qu'on pourrait encore imaginer, la sanction de notre règle? Les textes précités répondent clairement et sans hésiter que la fidéjussion sera nulle pour le tout. Et cependant nombre d'interprètes, trop soucieux d'épargner au droit Romain le reproche d'iniquité, veulent qu'elle soit simplement réductible à la mesure et dans les limites de l'obligation principale. En ce sens ils font remarquer que telle est la décision donnée à l'égard du pacte de constitut (L. 11 § 1 ; L. 12, *De pec. const.*, XIII, 5). Et pour corroborer cet argument, ils ajoutent que le plus énergique des textes relatifs aux effets de la fidéjussion contractée *in duriorem causam* déclare poser une règle applicable à toutes personnes qui s'obligent pour autrui. Donc, concluent-ils, ce qui est vrai du constitut ne saurait être faux de la fidéjussion, et quand Ulpien dit que le fidéjusseur ne s'oblige pas du tout (*omnino non obligari*), il faut lire qu'il ne s'oblige pas au tout (*non omnino obligari*. — L. 8 § 7, *De fid.*) (3). Je pourrais d'abord répondre

(1) Ce qui aggrave ici la condition du fidéjusseur, c'est que la mort de Stichus, quoique suffisante pour éteindre l'obligation principale, ne le libérerait pas lui-même. Au surplus, dans cette hypothèse, Marcellus (L. 9 § 8, *De fid.*) voulait que l'obligation du fidéjusseur fût nulle, non seulement comme contractée *in duriorem causam*, mais aussi comme contractée *in aliud*. Ce point de vue admis, il en serait résulté que l'obligation principale ayant simplement pour objet dix, la fidéjussion n'aurait pas pu avoir pour objet dix ou Stichus : or nous voyons cette décision rejetée par Paul (L. 34, *De fid.*).

(2) Quand le débiteur principal s'oblige à terme et le fidéjusseur sous condition, ou l'un et l'autre sous une condition différente, on ne sait pas dès le début si notre règle est violée. Elle ne le sera qu'autant que la condition qui suspend la fidéjussion arrivera avant le terme ou la condition opposés à l'obligation principale. De même, le débiteur s'obligeant sous une seule condition, et le fidéjusseur sous cette même condition ou sous une autre, de telle sorte que l'arrivée d'une seule doive suffire à le lier, la règle ne sera violée qu'autant que la condition commune n'arrivera pas la première (L. 16 § 5; L. 70 pr., § 1, *De fid.*).

(3) En ce sens on allègue les Basiliques, qui traduisent : οὐδ'ὅλως ἐνέχεται (XXVI, 1, 8). Mais cette traduction a-t-elle vraiment la signification qu'on veut lui donner? J'en doute, et d'ailleurs une traduction inexacte ne change pas la portée d'un texte.

qu'il ne suffit pas de corriger arbitrairement un texte pour en infirmer l'autorité, qu'Ulpien se réfère seulement aux diverses espèces d'*adpromissores*, et que, s'il fallait à tout prix ramener à des règles uniformes toutes les obligations contractées pour autrui, mieux vaudrait encore négliger deux textes relatifs au constitut qu'en sacrifier un bien plus grand nombre qui ont trait à la fidéjussion. Mais cette uniformité elle-même n'est-elle pas tout ce qu'il y a de moins vraisemblable? Et pourquoi donc le préteur aurait-il introduit, sous le nom de constitut, une nouvelle espèce de cautionnement basée avant tout sur l'équité, si la forme ancienne et stricte de l'*adpromissio* lui avait paru de tous points satisfaisante? Sans doute nous trouvons choquant que le fidéjusseur puisse opposer la nullité de son obligation parce qu'il a promis dix au lieu de huit! Mais quand un créancier perd son droit pour avoir demandé dix au lieu de huit, cela est-il beaucoup moins choquant? Et n'est-on pas tout à fait dans l'esprit du vieux droit Romain en croyant que, comme la formule de l'action doit, à peine de déchéance, reproduire celle du contrat, de même la formule de la promesse accessoire doit, à peine de nullité, être calquée sur celle de la promesse principale (1)?

3° Lorsque l'obligation principale se perpétue nonobstant la perte de la chose due, cela perpétue par voie de conséquence l'obligation accessoire. En d'autres termes, et sous une forme générale, le fait et la demeure du débiteur réagissent contre le fidéjusseur (2), tandis que la réciproque n'est pas admise (L. 24 § 1, *De usur.*, XXII, 1. — L. 58 § 1, *De fid.*).

4° En sens inverse, c'est une règle générale que, l'obligation principale venant à périr, la fidéjussion périt aussi, tandis que l'extinction de cette dernière peut, selon la forme dans laquelle elle se produit, laisser subsister l'obligation principale (569).

(1) Contre l'opinion que je défends on cite encore un texte (L. 33, *Mand.*, XVII, 1) dont voici l'analyse : un débiteur m'ayant prié de promettre pour lui dix, je promets une somme plus forte, et je la paye. Que puis-je lui demander par l'action *mandati?* Dix seulement, ce qui, dit-on, implique tout à la fois la validité et la réductibilité de la fidéjussion; conclusion très juste, en effet, si le texte supposait que le fidéjusseur a promis au delà du montant de l'obligation principale. Mais telle n'est pas l'espèce : il avait été prié de garantir une portion de la dette, il lui a convenu de la garantir tout entière. L'action *mandati* ne lui sera donnée que jusqu'à concurrence de la somme indiquée par le débiteur; pour le surplus il n'est qu'un gérant d'affaires. Voilà toute la pensée du jurisconsulte.

(2) Cependant, par une interprétation bienveillante, le fidéjusseur est admis à purger, en ce qui le concerne personnellement, la *mora* du débiteur (L. 88, *De verb. obl.*).

VI. — DES DROITS DU CRÉANCIER CONTRE LES FIDÉJUSSEURS.

Lib. III, tit. xx, *De fidejussoribus*, § 4. — Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori a quo velit solidum petere. Sed ex epistola divi Adriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatæ tempore partes petere : ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is pro quo fidejussit solvendo non sit, et sibi imputare debet, quum potuerit adjuvari ex epistola divi Adriani, et desiderare ut pro parte in se detur actio (Gaius, III, § 121).

S'il y a plusieurs fidéjusseurs, en quelque nombre qu'ils soient, tous sont tenus pour le tout. Le créancier est donc libre de choisir celui qu'il veut pour lui demander le tout. Mais d'après un rescrit du divin Adrien, il est tenu de diviser sa demande entre ceux qui sont solvables au jour de la *litis contestatio ;* et en conséquence, si l'un des fidéjusseurs est insolvable à ce jour, cela retombe sur les autres. Mais lorsqu'un seul fidéjusseur a payé le tout, lui seul en souffre, si le débiteur n'est pas solvable, et il ne doit s'en prendre qu'à lui-même, ayant pu se prévaloir du rescrit du divin Adrien et demander à n'être poursuivi que pour sa part.

564. Trois principes nous donneront la mesure et la limite des droits du créancier.

1° Il est libre de diviser son action entre le débiteur principal et le fidéjusseur (L. 13 § 4, *De pign. et hyp.*, XX, 1. — L. 3 § 1, *De duob. reis*, XLV, 2), ou de choisir l'un des deux à l'effet de lui demander le tout (LL. 2, 3, 5, C., *De fid.*, VIII, 41). Que si l'on recherche pourquoi le fidéjusseur, qui ne doit pas supporter la plus petite partie de la dette, peut néanmoins être poursuivi par préférence, le peut, dis-je, nonobstant la solvabilité certaine du débiteur, c'est que sa promesse n'a pas été subordonnée à l'inexécution de l'obligation principale (1). Sans doute elle n'est qu'accessoire, et cela n'est pas indifférent en ce qui concerne les conditions de sa for-

(1) Je dois constater ici une certaine opposition entre la loi et les mœurs. Les créanciers bien élevés éprouvaient un certain scrupule à s'adresser de préférence aux *adpromissores*. Cela avait, dit Cicéron (*Ad Antt.*, XVI, 15), quelque chose de peu gracieux (*quamdam* δυσωπίαν). Quintilien (*Decl.*, 273) est encore plus énergique. Selon lui, il n'y a que l'insolvabilité du débiteur principal qui permette au créancier de poursuivre les *adpromissores* sans compromettre son honneur (*salvo pudore*). En présence de ces témoignages, on ne s'étonnera pas que la pratique ro-

mation et de son extinction; mais cela ne lui ôte rien de son étendue et de son énergie.

2° Étant donné plusieurs fidéjusseurs, le créancier peut également choisir l'un d'eux pour lui demander le tout, et cela par un motif évident : c'est que chacun a garanti la totalité de l'obligation dans les mêmes conditions que s'il fût intervenu seul (§ 4 *sup.*).

3° Le choix du créancier devient définitif par la *litis contestatio;* je veux dire qu'une fois qu'il a obtenu une formule d'action contre l'un des obligés, soit pour le tout, soit pour une part quelconque, son droit contre les autres se trouve épuisé jusqu'à concurrence du contenu de la formule, et cela parce que, l'objet dû étant le même pour tous, il lui est impossible de le déduire en justice à l'égard de l'un sans l'y déduire aussi à l'égard des autres (L. 16, C., *De fid.* — Cic., *Ad Att.*, XVI, 15) (1). Comme conséquence, c'est lui qui supporte l'insolvabilité du débiteur poursuivi, sans distinguer si elle est antérieure ou postérieure à la *litis contestatio*. Mais qu'on me comprenne bien : c'est une action personnelle que je suppose intentée, et ce sont les autres actions personnelles que je dis s'éteindre par cette poursuite. Si, en effet, le créancier, recevant un ou plusieurs fidéjusseurs, avait aussi reçu une hypothèque, l'exercice de l'action hypothécaire n'épuiserait pas les actions personnelles, de même que réciproquement l'exercice d'une action personnelle laisserait pleine force au droit hypothécaire; car il ne s'agit plus ici d'actions ayant même objet (L. 13 § 4, *De pign. et hyp.*, XX, 1. — L. 9, C., *De fid.*) (2).

maine, sans rien sacrifier des droits du créancier, ait cherché divers moyens pour le forcer ou l'inviter à s'adresser de préférence au débiteur principal. Ces moyens seront indiqués à l'occasion du bénéfice de discussion dont ils furent, pour ainsi dire, le prélude (n° 568).

(1) Voy. plus haut, p. 323, note 2.

(2) Certains textes paraissent indiquer que nonobstant la *litis contestatio* engagée avec le débiteur principal ou l'un des fidéjusseurs, le créancier conserve tous ses droits contre ceux qu'il n'a pas encore poursuivis. Ainsi Pomponius dit que le fidéjusseur pourra opposer la chose jugée en faveur du débiteur, et celui-ci la chose jugée en faveur du fidéjusseur (L. 42 § 3, *De jur.*, XII, 2). Mais si la simple poursuite intentée contre l'un des obligés a libéré les autres, que leur importe la décision du juge? fût-elle défavorable, la libération ne leur en est pas moins acquise. On peut d'abord expliquer le texte de Pomponius en se plaçant dans l'hypothèse spéciale d'une fidéjussion fournie pour un esclave. Si le maître est poursuivi *de peculio*, le fidéjusseur reste tenu, car l'obligation qu'il a garantie n'est pas celle qui est déduite *in judicium;* mais que le maître soit absous, par exemple parce que le juge reconnaît que l'obligation est éteinte, et le fidéjusseur sera admis à user de

Voilà dans toute sa rigueur le droit originaire. Qu'est-il devenu sous Justinien? Ce prince enleva à la *litis contestatio* l'effet absolu et peu raisonnable que les anciens lui avaient attribué : désormais, ni la poursuite intentée, ni même la condamnation obtenue contre l'un des obligés n'eurent la vertu de libérer les autres : ce résultat ne fut plus attaché qu'au payement (L. 28, C., *De fid.*) (1). Quant aux deux autres principes, ceux qui expriment les droits du créancier, ils subsistent encore, mais atténués et adoucis par trois droits successivement accordés aux fidéjusseurs et connus sous les noms de bénéfices de cession d'actions, de division et de discussion (2). Il faut d'abord comprendre pourquoi ces bénéfices n'existèrent pas dès l'origine, et quelle idée les inspira. Or, quand on analyse la formule de la fidéjussion, qu'y voit-on? Le créancier reçoit une promesse et n'en fait

l'exception *rei judicatæ* (L. 21 § 4, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2. — L. 84, *De sol.*, XLVI, 3). A cette première explication l'on ajoutera celle que je vais donner sur un autre texte beaucoup plus embarrassant. Justinien (L. 3 § 1, C., *De usur. rei jud.* VII, 55) nous apprend que les anciens (*antiquitas*) avaient consacré la pratique suivante : lorsqu'un créancier avait fait condamner son débiteur, il s'adressait immédiatement au fidéjusseur pour lui faire payer le montant de la condamnation ; c'était une manière indirecte d'échapper à la règle qui suspendait toute voie d'exécution contre le condamné pendant les deux mois qui suivaient le jugement (nº 780). Mais comment comprendre, si la *litis contestatio* avait dégagé le fidéjusseur, que le payement de la condamnation pût lui être demandé? Cela ira de soi, si nous trouvons des cas où l'action engagée contre le débiteur principal laisse subsister dans toute sa force l'obligation du fidéjusseur. Or, pour obtenir ce résultat, la pratique avait imaginé trois expédients : 1º le fidéjusseur, au lieu de s'obliger dans la forme ordinaire, promet *rem creditoris salvam fore*. Dès lors il reste tenu, tant que le créancier n'est pas pleinement désintéressé (L. 2, C., *De fid., tut.*, V, 57). Cette forme était surtout usitée en ce qui concerne les fidéjusseurs fournis par les tuteurs et les curateurs ; 2º le même effet est attaché à une forme spéciale de fidéjussion que nous étudierons plus loin sous le nom de *fidejussio indemnitatis* (nº 572) ; 3º enfin, selon le témoignage de Justinien, les fidéjusseurs pouvaient, comme les *correi promittendi*, convenir que leur obligation survivrait à toute poursuite dirigée contre l'un d'eux ou contre le débiteur principal (L. 28, C., *De fid.*). La validité de ce pacte ne fut sans doute admise que sous le Bas-Empire ; mais à l'époque de Justinien il était d'un usage de tous les jours, de telle sorte que la vieille règle relative à la *litis contestatio* ne conservait guère qu'une existence théorique. En la supprimant, comme on va bientôt le voir, ce prince ne fit que sous-entendre une convention que les parties auraient pu oublier ; il mit la loi en harmonie avec les faits.

(1) L'innovation de Justinien l'a porté à altérer une constitution d'Alexandre Sévère (L. 2, C., *De fid. tut.*, V, 57). Pour avoir le vrai sens de ce texte, il faut retrancher dans la première phrase les mots *et solvente*, et dans la seconde le mot *solvisse*. (Rapprocher p. 326, note 1.)

(2) Si on les appelle *bénéfices*, c'est précisément parce qu'ils sont accordés en dehors des règles du droit pur. Papinien emploie le mot *beneficium* relativement à la division (L. 12, *Rem pup. salv.*, XLVI, 6).

aucune. On règle donc ses rapports avec le fidéjusseur comme si celui-ci était un débiteur principal, comme s'il ne rendait pas service à autrui. Telle fut l'idée primitive ; mais plus tard, dans une vue d'équité et tout ensemble pour favoriser le crédit, on se préoccupa de protéger les fidéjusseurs dans la mesure conciliable avec la sûreté du créancier. De là, d'abord le bénéfice de cession d'actions, créé par la jurisprudence et probablement aussi ancien, ou peu s'en faut, que la procédure formulaire : on oblige le créancier payé par le fidéjusseur à lui céder des actions qui périraient entre ses propres mains; à cela le cessionnaire gagne de consolider son recours, et le cédant n'y perd rien. Puis, dans le même ordre d'idées, Adrien introduit le bénéfice de division, fondé sur ce que la répartition des poursuites entre les fidéjusseurs solvables donne même satisfaction au créancier qu'une seule poursuite qui imposerait à l'un d'entre eux l'avance de la somme entière et le risque total de l'insolvabilité du débiteur. Enfin Justinien crée le bénéfice de discussion, c'est-à-dire que, désormais, le fidéjusseur peut se soustraire à l'obligation de payer tant que le débiteur n'a pas été poursuivi et son insolvabilité constatée. Car, qu'importe au créancier de toucher l'argent de l'un plutôt que de l'autre? On le voit, ces trois bénéfices se présentent à nous comme les produits successifs d'une réaction contre le caractère unilatéral de la fidéjussion : tous s'expliquent par l'idée d'une obligation tacitement contractée par le créancier envers les fidéjusseurs, et cette obligation elle-même n'est qu'une conséquence de leur qualité d'*intercessores* (1).

Étudions maintenant les règles spéciales à chacun de ces bénéfices, et cela en suivant l'ordre chronologique de leur apparition (2).

565. *Du bénéfice de cession d'actions.* — Ce bénéfice se résume en trois avantages, dont le premier toutefois a peu d'importance et n'est pas relevé dans les textes : 1° à l'action personnelle que le fidéjusseur a de son chef contre le débiteur principal, il lui est permis de substituer celle du créancier ; cela peut lui être utile, si l'on suppose que cette dernière est garantie par un privilège fondé sur la cause de la créance ou qu'elle est de celles où l'*infitiatio* du débiteur entraîne une condamnation au double; 2° il peut aussi, et

(1) Je tire de là cette conclusion que le fidéjusseur obligé *in rem suam* ne jouit d'aucun de ces bénéfices.

(2) L'ordre chronologique est ici exactement l'inverse de l'ordre logique, de celui qu'il faudrait suivre si l'on étudiait une législation vivante.

c'est sur cet avantage que les textes insistent particulièrement, se prévaloir des droits de gage et d'hypothèque qui appartenaient au créancier; il le peut non seulement contre les autres créanciers du même débiteur, mais aussi contre les tiers détenteurs (L. 14, C., *De fid.*) (1); 3° enfin, s'il a des cofidéjusseurs, la cession d'actions lui donne contre eux un recours que, de son chef, il n'aurait à aucun titre (L. 39, *De fid.*) (2).

Le fidéjusseur n'obtient la cession des actions qu'à la double condition de la demander au créancier et de lui offrir le montant intégral de la dette (L. 17, *De fid.* — L. 11, C., *De fid.*) (3). Mais il ne doit payer qu'après que la cession est faite ou au moins convenue, c'est-à-dire lorsque le créancier l'a constitué ou s'est engagé à le constituer *procurator in rem suam*. Sinon, la cession serait devenue impossible, le payement pur et simple ayant eu pour effet d'anéantir tous les droits du créancier. Mais, dira-t-on, comment cette extinction peut-elle être empêchée par la cession des actions? Les jurisconsultes résolvent l'objection en disant que le créancier est réputé vendre ses droits et toucher le prix de cette vente, plutôt que recevoir l'acquittement de la créance elle-même (L. 36, *De fid.* — L. 76, *De sol.*, XLVI, 3) (4).

Qu'arrivera-t-il si le créancier refuse son consentement à la cession? Écartons d'abord le cas très simple où elle lui est demandée

(1) Sous Justinien le tiers détenteur peut exiger la discussion préalable de tous ceux qui sont personnellement tenus. Dès lors, il est évident que la cession des actions ne donne plus aucun droit contre lui au fidéjusseur (n° 823).

(2) Bien que réputé acheteur, comme on le verra dans un instant, le fidéjusseur qui exerce ce recours déduit certainement la part qu'il doit supporter, c'est-à-dire une part virile si les autres fidéjusseurs sont solvables. Mais cette réserve faite, on se demande s'il peut agir pour le tout contre l'un d'eux, ou s'il est tenu de diviser son action. Cette seconde opinion s'appuie directement ou indirectement sur deux textes (L. 10 pr., *De fid.* — L. 5 pr., *De cens.*, L, 15). On remarquera d'ailleurs que le créancier n'a pas pu céder plus de droits qu'il n'en avait; si donc la division des poursuites n'est pas obligatoire *ipso jure*, tout au moins est-il certain que le bénéfice de division qui pouvait être opposé au cédant subsiste contre le cessionnaire.

(3) Il y a un cas où le fidéjusseur devra payer au delà de ce dont il est personnellement tenu. Supposons, en effet, que la dette soit garantie par une hypothèque, et que le bien hypothéqué soit affecté au même créancier pour la garantie d'une autre obligation. Le fidéjusseur n'obtiendra la cession de l'action hypothécaire qu'en acquittant l'une et l'autre dette (L. 2, C., *De fid.*).

(4) Cette explication n'est pas particulière à notre matière. On la donne dans tous les cas où la cession d'actions a pour condition un payement à faire au créancier (L. 5 § 2, *Quib. mod. pign. solv.*, XX, 6. — L. 21, *De tut. et rat.*, XXVII, 3).

en dehors de toute poursuite : ici le débiteur se contentera de retirer son offre de payement (L. 21, C., *De fid.*). Mais la question devient délicate lorsqu'on se place dans l'hypothèse d'une poursuite judiciaire. Les textes (L. 18 § 5, *Fam. ercisc.*, X, 2. — L. 65, *De evict.*, XXI, 2) nous disent que la cession d'actions s'obtient à l'aide de l'exception de dol, et c'est ce que tout d'abord on ne comprend guère. Supposons les parties devant le magistrat : en général, si le créancier refuse de céder ses actions, ce sera pure mauvaise foi et malignité, et alors de deux choses l'une : ou le magistrat lui refusera l'action, ou, s'il a quelques doutes, il inscrira dans la formule une exception de dol qui, vérifiée par le juge, entraînera l'absolution du défendeur. La peur de ce résultat aura donc pour effet ordinaire de déterminer le consentement du créancier. Mais il est possible que son refus tienne à des causes sérieuses, par exemple à un désaccord entre lui et le fidéjusseur sur le montant de la créance. Supposons donc, en nous plaçant dans cette hypothèse, que l'exception de dol ait été insérée dans la formule et que la prétention du créancier soit ensuite reconnue exacte. Bien évidemment, il n'a pas commis de dol en refusant *in jure* de céder ses actions ; l'exception de dol ne pourrait donc le faire succomber qu'autant que devant le juge il persisterait dans ce refus, qui n'aurait plus alors aucune cause légitime. Mais ici apparaît une difficulté sérieuse : sans doute il pourra céder ses droits de gage ou d'hypothèque, car il ne les a pas déduits *in judicium ;* mais comment cédera-t-il ses actions personnelles que la *litis contestatio* a dû éteindre? La pratique romaine avait sans doute trouvé un moyen de sortir de cette difficulté : peut-être que le créancier faisait une cession conditionnelle avant la délivrance de la formule, la condition consistant dans le payement intégral des droits du demandeur, tels qu'ils seraient liquidés par le juge (1).

Je termine par une observation fort importante : c'est que le créancier n'est pas tenu de conserver ses actions pour les céder au fidéjusseur, il ne lui doit que celles dont il est resté nanti. Ainsi, qu'il ait laissé une hypothèque s'éteindre par la *longi temporis præs-*

(1) En supposant le fidéjusseur condamné, on se pose deux questions : 1° dans le droit classique, ne peut-il pas mettre comme condition à l'exécution de la condamnation que le créancier lui cédera ses droits de gage et d'hypothèque? 2° dans le droit de Justinien, ne peut-il pas exiger la cession des actions personnelles elles-mêmes, puisque la *litis contestatio* ne les a pas éteintes? Sur les deux points la question n'est pas de savoir si la cession est possible, mais si elle est obligatoire.

scriptio acquise à un tiers détenteur, le fidéjusseur ne sera point admis à se plaindre (L. 25, C., *De fid.*) ; qu'ayant deux fidéjusseurs, il ait libéré l'un des deux par un pacte *de non petendo*, l'autre devra néanmoins payer tout ce qui reste dû (L. 15 § 1, *De fid.*). A plus forte raison, le créancier n'est-il pas tenu de garantir l'efficacité de ses actions, et, bien que par sa négligence il ait laissé le débiteur devenir insolvable, il peut contraindre le fidéjusseur au payement (L. 62, *De fid.*). Toutes ces décisions se rattachent au caractère unilatéral de la fidéjussion : elles prouvent que, si l'on en écarta quelques conséquences, on ne le mit jamais complètement de côté.

566. *Du bénéfice de division.* — Quand on se place dans le droit décrit par Gaius, tous les *adpromissores* jouissent du bénéfice de division. Aux *sponsores* et aux *fidepromissores* qui s'engageaient en Italie il avait été donné par la loi Furia, et cela nous dit clairement qu'il s'agissait bien moins de les protéger que de restreindre le crédit des débiteurs. Quant aux fidéjusseurs, ce fut un rescrit de l'empereur Adrien (1) qui le leur accorda, et il paraît probable que la jurisprudence compléta l'œuvre de ce prince en étendant cette faveur aux *sponsores* et aux *fide promissores* qui s'engageaient hors de l'Italie (§ 4 *sup.* — Gaius, III, § 121). On ne sera pas étonné qu'à cette diversité d'origine correspondent des différences profondes dans la nature et les effets du droit lui-même : 1° la division se fait toujours par parts viriles ; mais les parts se déterminent, d'après la loi Furia, par le nombre des *sponsores* et *fidepromissores* qui vivent au jour de l'échéance, et, d'après le rescrit, par le nombre des fidéjusseurs solvables au jour de la *litis contestatio*. La loi entamait donc bien plus gravement que le rescrit le principe de l'obligation de tous au

(1) On a conjecturé que sous le nom d'Adrien les textes veulent désigner Antonin le Pieux. Cela n'est peut-être pas sans exemple (t. II, p. 56, note 1) ; et ici particulièrement on se fonde sur l'existence certaine d'un rescrit rendu par ce prince relativement à la division entre cofidéjusseurs (L. 49 § 1, *De fid.*). On remarque même que ce rescrit est appelé *Epistola*, comme celui que Gaius et les Institutes attribuent à Adrien. Sont-ce là des arguments décisifs ? Je ne le crois pas ; car toutes les sources font remonter à Adrien la création du bénéfice de division. Ce que Gaius et Justinien disent dans leurs Institutes, l'un le reproduit dans son commentaire *ad edictum provinciale* (L. 26, *De fid.*), l'autre dans son code (L. 3, *De const. pec.*, IV, 18), et ce double témoignage est confirmé par celui d'Ulpien (L. 27 § 1, *De fid.*). Il est donc très probable que le rescrit précité d'Antonin le Pieux ne fit que trancher une difficulté provoquée par celui de son prédécesseur. J'ajoute qu'il ne faut tenir aucun compte d'un texte des sentences de Paul (I, 20) qui attribue le bénéfice de division au préteur. Ce texte prouve simplement qu'ici, comme en tant d'autres matières, l'édit prétorien sanctionnait le droit civil.

tout. Bon gré, mal gré, et même avant l'échéance, le créancier courait le risque de l'insolvabilité future de chaque *sponsor* ou *fidepromissor* (1), tandis que les fidéjusseurs demeuraient garants réciproques de leur insolvabilité jusqu'à la première poursuite; 3° d'après la loi Furia, la division s'opère probablement de plein droit, de telle sorte que le créancier ne peut plus demander le tout sans commettre une *plus petitio;* d'après le rescrit, au contraire, la division doit être demandée par voie d'exception (LL. 26 et 28, *De fid.*), et par conséquent le fidéjusseur qui a accepté la délivrance d'une formule pure et simple est très régulièrement condamné au tout; 3° si, par suite d'une erreur, l'un des *sponsores* ou *fidepromissores* paye la totalité de la dette, il paye indûment pour tout ce qui excède sa part, et il ne faut pas hésiter à lui donner la *condictio indebiti* (2). Tout au contraire, on la refuserait au fidéjusseur, car l'exception de division dont il est muni ne l'empêche pas de rester obligé *in solidum* (L. 3, C., *De fid.*). Ainsi le décida un rescrit de l'empereur Antonin le Pieux (L. 49 § 1, *De fid.*).

567. Attachons-nous plus spécialement au bénéfice de division des fidéjusseurs. L'esprit qui dicta le rescrit d'Adrien fut tout autre que celui de la loi Furia, il fut le même que celui qui avait fait créer le bénéfice de cession d'actions. Par celui-ci, le fidéjusseur qui avait payé toute la dette en obtenait la répartition ultérieure entre lui et ses cofidéjusseurs solvables; désormais il atteignit le but par une voie plus directe, il n'avança plus que ce qu'il devait supporter. Mais par la force des choses, et par cela même que la cession des actions suppose le payement total, elle ne se cumule jamais avec la division : c'est donc au fidéjusseur de peser dans chaque cas les avantages respectifs de l'une et de l'autre et de choisir. En règle générale, la division est moins onéreuse. Si pourtant on suppose le débiteur principal insolvable et l'obligation garantie par de bonnes hypothèques, la cession d'actions offrira plus d'avantages : car mieux vaut débourser plus avec certitude de ne rien perdre que débourser moins avec grande chance de ne rien recouvrer.

(1) Pour prévenir cet inconvénient, le créancier avait grand intérêt à exiger que chaque *adpromissor* lui fournît lui-même un autre *adpromissor*.

(2) Quant au *sponsor* spécialement, la loi Furia assurait son recours par une voie encore plus énergique : elle soumettait le créancier à une *manus injectio pro judicato* (Gaius, IV, § 22). Cette disposition réfute la doctrine qui voudrait rejeter la *condictio indebiti* en alléguant qu'après l'échéance le *sponsor* et le *fidepromissor* restent tenus naturellement pour le tout.

Le droit au bénéfice de division est subordonné à deux conditions : 1° il n'est admis qu'entre cofidéjusseurs, et j'appelle ainsi tous ceux qui se sont engagés non seulement pour la même dette, mais pour le même débiteur, et cela sans distinguer en principe s'ils se sont engagés au même moment (1) et sous les mêmes modalités (2). Soit par exemple deux *correi promittendi* dont chacun donne séparément un fidéjusseur ; la division ne sera pas possible entre les deux fidéjusseurs (L. 51 § 2, *De fid.*). Elle ne le serait pas davantage entre un fidéjusseur principal et son sous-fidéjusseur (L. 27 § 4, *De fid.*) (3). Ai-je besoin d'ajouter que les seuls cofidéjusseurs dont il s'agit ici sont ceux qui peuvent être légalement poursuivis? car ce sont les seuls qui méritent vraiment le nom de fidéjusseurs. Par application de cette idée, la division ne peut être demandée ni contre une femme que protège le sénatus-consulte Velléien (L. 48 pr., *De fid.*), ni, ce qui est peu équitable, contre un fidéjusseur auquel le créancier aurait consenti un pacte *de non petendo* (L. 23, *De pact.*, II, 14. — L. 15 § 1, *De fid.*) (4) ; 2° la division n'est accordée qu'autant que les fidéjusseurs non poursuivis ne sont pas tous insolvables (5), et ici deux hypothèses

(1) Par exception, si le fidéjusseur qui s'est engagé après coup est un mineur de vingt-cinq ans, et qu'il obtienne la restitution *in integrum*, le bénéfice de division est perdu pour l'autre fidéjusseur, qui du reste n'a pas dû y compter en s'engageant (L. 48 § 1, *De fid.*).

(2) Soit un fidéjusseur obligé *pure*, tandis qu'un autre n'est tenu que *sub conditione*. Si ce dernier devient insolvable avant l'arrivée de la condition, et pareillement si elle défaut, il y aura lieu de restituer le créancier contre le préjudice que lui a causé la division demandée et obtenue par le premier fidéjusseur (L. 27 pr., *De fid.*).

(3) Du reste il peut se faire que le fidéjusseur qui n'a pas le bénéfice de division de son chef l'ait du chef d'autrui. Ainsi mon sous-fidéjusseur peut l'opposer à mon cofidéjusseur (L. 27 § 4, *De fid.*). Pareillement, lorsque plusieurs tuteurs d'un même pupille ont donné chacun un fidéjusseur spécial, chaque fidéjusseur peut exiger la division comme l'exigerait le tuteur pour lequel il s'est engagé (L. 6, *De fid. et nom.*, XXVII, 7). A plus forte raison, le bénéfice de division se transmet-il aux héritiers du fidéjusseur et à ses autres ayant-cause universels (L. 27 § 3; L. 51 § 5, *De fid.*).

(4) La règle que je viens de poser comporte certains tempéraments. Supposons, en effet, que deux fidéjusseurs s'engagent ensemble, l'un étant mineur de vingt-cinq ans et l'autre ignorant cette circonstance. Si le mineur se fait restituer *in integrum*, cela n'aggravera pas la condition de son cofidéjusseur, qui demandera la division, non pas contre lui, mais contre le créancier. Le résultat serait le même, à plus forte raison, dans tous les cas où le fidéjusseur dont l'obligation est nulle se serait engagé *dolo creditoris* (L. 48 § 1, *De fid.*).

(5) Quand on examine la solvabilité d'un fidéjusseur, on ajoute à son actif celu de son sous-fidéjusseur (L. 27 § 2, *De fid.*).

doivent être distinguées : si on les suppose tous solvables, les choses se passent comme si dès le principe chacun eût limité sa promesse à une fraction ayant pour dénominateur le chiffre qui exprime le nombre des fidéjusseurs ; que si l'un d'eux ou plusieurs sont insolvables, on les néglige et leur part se distribue proportionnellement entre les autres. Au surplus, comme je l'ai déjà dit, c'est au jour de la *litis contestatio* que la solvabilité s'apprécie (§ 4 *sup.*), et cela signifie que, dès la première poursuite engagée contre l'un d'eux, tous sont déchargés de la garantie réciproque de leur insolvabilité future, de telle sorte que désormais le créancier est intéressé à ne pas ajourner ses poursuites contre les autres (L. 51 § 4, *De fid.*) (1).

A. C'est par voie d'exception, disais-je tout à l'heure, que le fidéjusseur poursuivi oppose le bénéfice de division (2). Mais l'usage de ce moyen suppose des doutes sur la solvabilité des autres fidéjusseurs. Si elle n'est pas contestée ou si elle est justifiée devant le magistrat, le créancier reçoit une formule pure et simple limitée à la part de celui qu'il poursuit. Dans le cas contraire, la formule lui est délivrée

(1) On fera ici deux observations : 1° le bénéfice de division est refusé à certains fidéjusseurs. Tels sont notamment ceux des tuteurs. Le motif de cette extrême sévérité est que le pupille, qui n'a ni choisi son tuteur, ni agréé les fidéjusseurs, n'a pas contracté envers eux l'obligation sur laquelle ce bénéfice est fondé et ne pourrait sans injustice être forcé d'intenter plusieurs actions. C'est Papinien qui parle ainsi (L. 22, *Rem pup. salv.*, XLVI, 6). Il est vrai que dans un autre texte de ce même jurisconsulte nous voyons la division demandée et obtenue par les fidéjusseurs d'un tuteur (L. 7, *De fid. et nom.*, XXVII, 7). Mais qu'on y prenne garde, ce texte les suppose transformés en *mandatores pecuniæ credendæ*. Car ils ont donné mandat au pupille de poursuivre d'abord ses tuteurs ; 2° ceux à qui compète le bénéfice de division peuvent le perdre de diverses manières, savoir, par une renonciation expresse ou tacite, par l'*infitiatio*, par un payement total ou partiel. Sur ces deux derniers modes, quelques explications sont nécessaires. Il y a *infitiatio*, quand le fidéjusseur poursuivi commence par nier sa qualité ; si cette dénépation est reconnue mensongère, il ne peut plus se refuser à payer le tout (L. 10 § 1, *De fid.*). Quant au payement, je le suppose fait par erreur, sinon il rentre dans la renonciation, et voici ce que je veux dire : le fidéjusseur qui a payé le tout n'est point admis à répéter ce qui excède sa part, en alléguant qu'il aurait pu opposer le bénéfice de division (L. 49 § 1, *De fid.*) ; et pareillement le fidéjusseur qui a simplement payé sa part ou même davantage reste tenu de payer encore une part du surplus ; mais sur ce dernier point Papinien veut qu'on écarte l'application de la règle si les autres fidéjusseurs sont restés solvables (L. 51 § 1, *De fid.*), et telle est aussi la doctrine de Julien (L. 37, *De sol.*, XLVI, 3).

(2) On lit dans un texte d'Alexandre Sévère (L. 10, C., *De fid.*), que la division doit être demandée *ante condemnationem* ; or nulle exception ne peut être opposée pour la première fois devant le juge. Il est donc vraisemblable que par *condemnatio* on entend ici la dernière partie de la formule, de sorte que l'expression *ante condemnationem* signifie *avant la délivrance de la formule*.

pour le tout, mais modifiée par cette exception : *si non et illi solvendo sint* (L. 28, *De fid.*). Là-dessus deux questions s'élèvent : 1° si devant le juge le défendeur réussit à prouver la solvabilité de ses cofidéjusseurs, devra-t-il être absous? Ce serait un résultat d'autant plus criant qu'il n'est pas toujours facile de tirer au clair le contenu d'un patrimoine, et que dans l'espèce les doutes élevés par le créancier n'impliquent aucune mauvaise foi. J'estime donc que la preuve fournie devant le juge n'aura pas plus d'effet que si elle eût été fournie devant le magistrat. En d'autres termes, nous avons ici une de ces exceptions qui tendent seulement à diminuer la condamnation (L. 22 pr., *De except.*, XLIV, 1) ; 2° la *litis contestatio* ne libère-t-elle pas les fidéjusseurs restés étrangers à la poursuite? Tel était certainement le résultat régulier dans le droit classique. Mais il est difficile de croire qu'on n'eût pas imaginé quelque moyen de le prévenir, et ce moyen consistait peut-être à limiter conditionnellement l'étendue de la *res in judicium deducta*, par une de ces *præscriptiones a parte actoris* dont Gaius nous a révélé l'existence (IV, § 131) (1).

568. *Du bénéfice de discussion.* — Ce bénéfice, introduit par Justinien en l'année 535 (Nov. 4, cap. 1), permet au fidéjusseur de refuser le payement et d'échapper à toute action, aussi longtemps que le débiteur principal n'a pas été poursuivi et son insolvabilité constatée par la discussion ou vente préalable de tous ses biens mobiliers ou immobiliers (2). Est-ce à dire que le créancier perde absolument son ancien droit d'option? Non ; car, outre que la discussion a besoin d'être expressément demandée, et cela sans doute avant toutes défenses ou exceptions portant sur le droit lui-même, Justinien la subordonne à la présence du débiteur principal. Celui-ci étant absent, le fidéjusseur ne peut que s'engager à le faire comparaître dans un délai fixé par le juge, et, faute d'y réussir, il est tenu de répondre lui-même à l'action. Tant que la discussion n'a pas été demandée, l'insolvabi-

(1) Ulpien (L. 10 pr., *De fid.*) nous indique un autre procédé. Le fidéjusseur poursuivi peut exiger que le créancier répartisse sa poursuite entre tous ceux qui sont présents, mais cela sous la condition de lui promettre avec satisdation l'indemnité du dommage que cette division pourrait entraîner. Ce procédé ne supprime pas l'utilité de celui que j'indique, car il suppose le bon vouloir du fidéjusseur et n'est pas toujours à sa portée.

(2) La discussion ne peut être exigée à l'égard des biens hypothéqués qui ont été aliénés. C'est une conséquence forcée de la décision par laquelle Justinien (Nov. 4, cap. 2) autorise les tiers détenteurs à exiger eux-mêmes la discussion de tous les débiteurs principaux ou accessoires.

lité du débiteur principal reste, comme dans le droit classique, à la charge du fidéjusseur; le créancier peut donc, sans courir aucun danger personnel, se montrer patient jusqu'à la négligence (1). Mais, une fois la discussion demandée, il répond évidemment de son inaction et de ses lenteurs, en ce sens que, s'il laisse par sa faute le débiteur devenir insolvable, c'est lui-même qui en souffrira, non le fidéjusseur (2).

A. Si nous en croyons Justinien (Nov. 4, *præf.*), le bénéfice de discussion, consacré très anciennement par une loi, aurait été ensuite abandonné par la pratique. Ce prince ne ferait donc que le ressusciter et le réorganiser. Nier, comme l'ont fait quelques interprètes, l'exactitude d'une assertion si positive, me paraît chose d'autant plus téméraire que Justinien paraît avoir connu cette loi, sinon par son texte même, du moins par des documents très précis, car il y relève une importante lacune (Nov. 4, cap. I). D'autre part, on ne voit pas comment le bénéfice de discussion aurait pu se concilier avec les effets de la *litis contestatio*, tels qu'ils étaient organisés dans la procédure formulaire. Si le débiteur devait être poursuivi de préférence, le fidéjusseur, que cette poursuite libérait forcément, ne pouvait jamais être attaqué, et son obligation devenait illusoire. Nous nous trouvons donc en présence d'un problème insoluble (3). Aussi laissant de côté cette loi ancienne et mystérieuse, me contenterai-je de rechercher quels sont les précédents immédiats du droit de Justinien (4). Je les trouve

(1) Cette opinion est combattue par beaucoup d'interprètes.

(2) La novelle IV (cap. III, § 1) refusait expressément le bénéfice de discussion aux *argentarii* et néanmoins permettait qu'on le leur opposât. La corporation des *argentarii* de Constantinople se plaignit, et en l'an 564 Justinien fit droit à ces plaintes par la novelle 136 (*præf.*, cap. I). L'usage du bénéfice de discussion resta interdit à l'*argentarius* fidéjusseur ; mais l'*argentarius* créancier, qui recevait des fidéjusseurs, put exiger leur renonciation écrite à ce bénéfice. Là-dessus on se demande si une telle renonciation pourrait être valablement faite au profit de tout autre créancier. Il est assez difficile de voir clair dans la pensée de Justinien : d'une part, en effet, la novelle 136 présente ce pacte de renonciation comme n'ayant rien de contraire à la loi, et d'autre part, dans la même phrase, elle semble ne l'autoriser que par une faveur toute spéciale pour les *argentarii*.

(3) S'il m'est permis de hasarder une conjecture, je suis porté à croire que la loi dont parle Justinien remonte à l'époque lointaine des *legis actiones*. A cette époque, en effet, la *litis contestatio* n'éteignait pas le droit déduit *in judicium* (n° 766). On m'opposera, il est vrai, que même alors deux actions ne pouvaient pas être intentées *de eadem re* (Gaius, IV, 108). Mais je réponds que probablement ce principe ne s'appliquait que *inter easdem partes*.

(4) On a soutenu que dans le droit antérieur à Justinien, et même dès l'époque classique, le bénéfice de discussion appartenait aux fidéjusseurs engagés pour les

dans cinq conventions spéciales auxquelles j'ai déjà fait allusion (p. 363, note 1) et dont les quatre premières sont signalées par des textes de l'époque classique : 1° en supposant que la même dette fût garantie tout ensemble par une fidéjussion et par une hypothèque, il pouvait être exprimé, soit dans la formule même de l'interrogation, soit par un pacte adjoint, que le créancier commencerait par vendre le bien grevé, et que le fidéjusseur ne serait poursuivi que jusqu'à concurrence de l'excédent de la dette sur le prix de vente (L. 17, C., *De fid.*). Cette convention ne l'affranchissait pas de la nécessité de payer la dette entière, lorsque le bien hypothéqué venait à périr par cas fortuit (L. 52 pr.; L. 63, *De fid.*); mais elle lui donnait grande chance de ne faire qu'une avance minime ou même de n'en faire aucune; 2° le fidéjusseur était quelquefois interrogé en ces termes : *si reus non solverit, fide tua esse jubes?* En ce cas, il ne pouvait être poursuivi qu'autant que le débiteur principal avait d'abord été mis en demeure (*appellatus*) ou était mort (L. 16 § 6, *De fid.*); 3° un procédé plus usité et bien préférable consistait dans la *fidejussio indemnitatis*. Nous verrons en effet qu'ici, du moins dans l'opinion qui prévalut, le fidéjusseur n'avait jamais rien à payer tant que l'insolvabilité du débiteur n'avait pas été constatée par une poursuite judiciaire suivie de la vente de tous ses biens (n. 572) ; 4° lorsque le fidéjusseur se voyait sur le point d'être poursuivi, il pouvait donner mandat à son créancier d'agir d'abord contre le débiteur principal (Inst., § 2, *De mand.*, III, 26). Accepté et exécuté, ce mandat ne le dérobait pas simplement au danger d'être poursuivi par préférence; il le libérait comme fidéjusseur, et cela par une conséquence de l'effet absolu de la *litis contestatio*. Mais si le créancier ne réussissait pas à obtenir pleine satisfaction du débiteur principal, l'action *mandati contraria* lui fournissait le moyen de se faire indemniser par le fidéjusseur; car il pouvait dire à ce dernier : c'est parce que j'ai exécuté votre mandat que je suis en perte (L. 45 § 8, *mand.*, XVII, 1); 5° enfin, du jour où il fut reçu, comme nous l'apprend Justinien (p. 364, note 2), qu'un pacte adjoint au contrat de fidéjussion pourrait empêcher l'effet extinctif de la *litis contestatio* de se produire *erga omnes*, on dut admettre

débiteurs du fisc. Cette doctrine serait en elle-même assez étonnante, car le fisc romain n'avait pas l'habitude d'être moins bien traité que les simples particuliers. Mais elle ne résulte pas du texte sur lequel on la fonde (L. 4, C., *Quand. fisc. vel priv.*, IV, 15). Ce texte signifie simplement que dans la procédure connue sous le nom de *pignus ex causa judicati* les créances ne peuvent être saisies qu'après que le créancier a épuisé tous les autres biens de son débiteur (n° 782).

aussi la validité du pacte par lequel le créancier s'engageait à poursuivre en premier lieu le débiteur principal. Un tel pacte n'a de sens qu'autant qu'il ne doit pas aboutir à dégager le fidéjusseur de toute poursuite, et c'est pourquoi il devait être nul à l'époque classique (1).

VII. — DE L'EXTINCTION DE LA FIDÉJUSSION.

569. La fidéjussion s'éteint ou par voie de conséquence ou directement : par voie de conséquence lorsque l'obligation principale sur laquelle elle s'appuyait s'éteint elle-même; directement, lorsqu'un fait libératoire se produit en la personne même du fidéjusseur. De là deux questions générales : 1° la libération du débiteur principal entraîne-t-elle toujours celle du fidéjusseur (2)? 2° la libération du fidéjusseur n'entraîne-t-elle jamais celle du débiteur principal? Pour répondre à ces deux questions, je distingue entre les faits qui nous libèrent *ipso jure* et ceux qui ne nous libèrent que *per exceptionem*.

Les faits libératoires *ipso jure* se partagent eux-mêmes en deux classes : 1° les uns, tout à fait exceptionnels, tels que la *capitis deminutio* ou le fait de mourir sans héritier, affectent la personne obligée sans affecter l'objet ni par conséquent l'existence de l'obligation elle-même. Donc, que de tels faits se produisent en la personne du débiteur principal, ils ne dégagent pas le fidéjusseur (L. 95 § 1, *De sol.*, XLVI, 3. — L. 20, C., *De fid.*), et à plus forte raison, s'ils se produisent en la personne de ce dernier, le débiteur principal reste tenu; 2° les faits de la seconde classe, tels que le payement, l'acceptila-

(1) On lit, il est vrai, dans des constitutions de Caracalla et de Dioclétien (LL. 5 et 19, *De fid.*), que le débiteur principal doit être poursuivi le premier, si cela a été convenu entre les parties. Mais je ne puis rapporter ces textes qu'à la *fidejussio indemnitatis*, et si l'on veut, à la première et à la quatrième des conventions qui viennent d'être indiquées.

(2) Sur cette question Scévola (L. 60, *De fid.*) répond que la libération du débiteur principal entraîne celle du fidéjusseur toutes les fois qu'elle ne laisse subsister aucune obligation naturelle. Je ne m'attacherai pas à cette règle, et cela pour deux motifs : d'abord, elle n'est pas d'une vérité absolue, Scévola lui-même fait remarquer que la *litis contestatio* qui libère le débiteur libère toujours aussi le fidéjusseur, et pourtant il y a certains cas où une obligation naturelle lui survit (n° 767). En second lieu, et c'est surtout cette considération qui me décide, il n'est pas facile à l'interprète de préciser les cas où une obligation civile se change en obligation naturelle. Est-ce à dire que la règle posée par Scévola ne puisse nous être d'aucun secours? Non; elle nous permettra, en présence de certains textes qui font survivre la fidéjussion à l'obligation principale, d'affirmer la présence d'une obligation naturelle.

tion, la novation, la perte de la chose due, affectent l'objet même de l'obligation. Or il n'est pas possible que l'obligation perde son objet à l'égard de l'un des obligés sans le perdre du même coup à l'égard de l'autre. Ici donc, il n'y a pas à rechercher si le fait extinctif se réalise en la personne du débiteur principal, en celle du fidéjusseur, ou même en dehors de leur participation, comme cela arrive quand la chose périt ou quand c'est un tiers qui paye. Et il faut poser en règle générale que l'obligation éteinte *ipso jure* à l'égard du débiteur principal s'éteint de la même manière à l'égard du fidéjusseur, et réciproquement (L. 43, *De fid.*). Cela est tellement vrai que le pacte de remise consenti à un débiteur principal qui n'est obligé que naturellement suffit à effacer de plein droit l'obligation civile du fidéjusseur (L. 95 § 4, *De sol.*) (1), et que l'acceptilation faite à ce dernier libère, aussi de plein droit, le débiteur qui s'est obligé autrement que dans la forme verbale (L. 13 § 7, *De accept.*, XLVI, 4). Par exception, lorsque la chose due périt par le fait ou après la mise en demeure du seul fidéjusseur, l'obligation se perpétue quant à lui, quoique éteinte, faute d'objet, à l'égard du débiteur principal (L. 44, *De op. lib.*, XXXVIII, 1. — L. 88, *De verb. obl.* — L. 95 § 1, *De sol.*) (2).

Relativement aux causes d'extinction qui n'opèrent que *per exceptionem*, elles ont une portée toute différente selon qu'elles naissent *ex persona rei* ou *ex persona fidejussoris*. Supposez, par exemple, que le débiteur obtienne un pacte de remise *in rem* ou acquière une

(1) Si l'on renverse l'hypothèse et qu'on suppose le fidéjusseur obligé naturellement, la remise qui lui serait consentie n'aurait pas d'effet à l'égard du débiteur principal; elle rentrerait dans la classe des faits qui suppriment un débiteur sans supprimer l'obligation.

(2) Telles sont les décisions du droit classique en son dernier état. Mais il est certain qu'au début le fidéjusseur qui avait détruit la chose cessait d'être tenu *ex contractu*, et cela en vertu d'une logique rigoureuse qui ne comprenait pas la survie de l'accessoire au principal. Seulement, on essayait de dédommager le créancier en lui donnant l'action *de dolo* contre le fidéjusseur qui lui avait fait perdre sa créance (L. 19, *De dol. mal.*, IV, 3). Plus tard, à cause sans doute de l'insuffisance de cette action, qui est annale et intransmissible passivement, on autorisa le créancier à se faire restituer son action contractuelle (L. 28 § 4, *De sol.*). Puis on la lui donna tout droit comme action utile, c'est-à-dire qu'on tint la restitution pour accordée (L. 32 § 5, *De usur.*, XXII, 1). Enfin, les décisions les plus récentes posent franchement l'exception à la règle et admettent l'action *ex stipulatu* directe. Il est probable que la doctrine passa par les mêmes phases en ce qui concerne les effets de la perte fortuite arrivée après la mise en demeure du fidéjusseur. C'est ce que l'on peut conjecturer d'après la loi 32 § 5, *De usuris*, qui ne donne au créancier qu'une action utile.

créance contre son créancier; il faut de toute nécessité que le fidéjusseur soit admis à opposer la remise ou la compensation, afin que son recours n'enlève pas au débiteur lui-même le bénéfice de l'exception (L. 21 § 5, *De pact.*, II, 14. — L. 5, *De comp.*, XVI, 2). Qu'au contraire, ce soit en la personne du fidéjusseur que ces causes d'extinction se produisent, il peut en conserver le profit sans que le débiteur lui-même cesse d'être tenu (L. 25, *De pact.*). Je poserai donc ces deux règles générales : 1° la dette qui s'éteint *per exceptionem* du chef du débiteur principal est réputée s'éteindre de la même manière à l'égard du fidéjusseur (Inst., § 4 *De repl.*, IV, 14). Toutefois cette règle cesse lorsque l'extinction résulte d'une cause toute personnelle au débiteur et qui ne le laisse exposé à aucun recours : c'est ce qui arrive, en général, lorsqu'un mineur de vingt-cinq ans se fait restituer *in integrum;* l'exception qu'il acquiert ainsi ne compète pas au fidéjusseur si celui-ci s'est engagé connaissant la minorité du débiteur principal, et par conséquent avec l'intention évidente de garantir le créancier contre le risque de l'*in integrum restitutio* (L. 13 pr., *De min.*, IV, 4. — L, 7 § 1, *De except.*, XLIV, 1. — Paul, I, 9 § 6.) (1). J'ajoute que l'exception une fois née, le fidéjusseur peut s'en prévaloir nonobstant l'opposition du débiteur principal, car mieux vaut pour lui retenir que payer et exercer un recours (L. 15 pr. ; L. 32, *De fid.*) ; 2° la dette qui s'éteint *per exceptionem* du chef du fidéjusseur conserve toute sa force à l'égard du débiteur principal (2). Mais j'exclus de cette règle certaines causes d'extinction qui suppriment l'objet même de l'obligation ou dont on compare les effets au payement; par exemple, dans le droit classique, la *litis contestatio* (n° 564) et le serment relatif à l'existence de la dette (L. 28 § 1 ; L. 42 § 1, *De jurej.*, XII, 2), et dans le droit de Justinien le jugement qui prononce une absolution fondée sur la

(1) Si, au contraire, le fidéjusseur a ignoré la minorité du débiteur principal, ou, ce qui revient au même, s'il ne s'est pas engagé *contemplatione juris prætorii*, il participe au bénéfice de la restitution (L. 13 pr., *De minor.* — L. 95 § 3, *De sol.*). La distinction que j'indique sert à expliquer certains textes rédigés en termes trop généraux, et dont les uns paraissent dire que le fidéjusseur profitera toujours de l'*in integrum restitutio* accordée au mineur, les autres qu'il n'en profitera jamais (L. 51 pr., *De proc.*, III, 3. — L. 1, C., *De fid. min.*, II, 24).

(2) Cette règle cesse dans l'hypothèse d'un fidéjusseur obligé *in rem suam*. Comme ici les rôles sont renversés et qu'un tel fidéjusseur est soumis au recours du débiteur principal qui a payé, il faut nécessairement admettre que les exceptions qui éteignent l'obligation de son chef, l'éteignent aussi en faveur du débiteur (L. 24, *De pact.*, II, 14).

nullité ou l'extinction de l'obligation (L. 42 § 3, *De jurej.*). Dans tous ces cas la libération du fidéjusseur entraîne celle du débiteur principal (1).

VIII. — DU RECOURS DU FIDÉJUSSEUR QUI A PAYÉ.

Lib. III, tit. XX, *De fidejussoribus*, § 6. — Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum reo mandati judicium (Gaius, III, § 127).

Si le fidéjusseur a payé quelque chose pour le débiteur, il a l'action de mandat pour recouvrir ses déboursés.

570. Jetons d'abord un coup d'œil général sur la situation des *adpromissores* qui ont fait le payement.

Dans leurs rapports avec le débiteur principal, on leur donne, pour se faire indemniser, l'action *mandati*. Cette règle est applicable à toute espèce d'*adpromissores* (Gaius, III, § 127). Quant au *sponsor*, deux faveurs spéciales lui sont accordées par une loi Publilia : au lieu de l'action *mandati*, il exerce, s'il le préfère, une autre action dite *depensi* qui lui donne le double en cas d'*infitiatio* du défendeur (2); bien mieux : non remboursé dans les six mois, il se passe de jugement et recourt tout droit à une voie d'exécution appelée *manus injectio pro judicato*. Cette seconde faveur disparut forcément avec la procédure des *legis actiones* (Gaius, IV, §§ 9, 22 et 25).

Dans leurs rapports entre eux, les *adpromissores* sont traités tout différemment selon la classe à laquelle ils appartiennent. On a déjà vu (n° 565) que le fidéjusseur qui n'a pas eu la précaution de se faire céder les actions du créancier est absolument dépourvu de recours contre ses cofidéjusseurs. Au contraire, entre les *sponsores* et les *fidepromissores* il y a de plein droit société, c'est-à-dire que celui d'entre eux qui paye au delà de sa part virile obtient par l'action *pro socio* la répartition du surplus entre tous les autres, et cela sans avoir besoin d'établir une communauté d'intérêts. Telle était la disposition de la loi Apuléia. Cette loi conservait encore son application

(1) Les deux règles qui précèdent s'appliquent aussi aux exceptions nées en même temps que l'obligation principale (L. 14 § 6, *Quod met. caus.*, IV, 2).

(2) Deux autres faveurs particulières sont attachées à cette action : l'une est relative à la quotité de la *summa vadimonii* (Gaius, IV, § 186. — n° 752); l'autre consiste en ce que le *sponsor* peut exiger la *cautio judicatum solvi*, alors même que le débiteur défend lui-même à l'action (Gaius, IV, §§ 25 et 102).

dans les provinces au temps de Gaius; mais on se demandait si elle n'était pas virtuellement abrogée en Italie, depuis que la loi Furia avait prononcé la division de plein droit au jour de l'échéance (Gaius, III, § 122) (1).

571. Renfermons-nous à présent dans l'examen de la situation du fidéjusseur. En lui donnant l'action *mandati* (§ 6 *sup.*), les Institutes se placent dans l'hypothèse la plus ordinaire : elles supposent que le fidéjusseur en s'engageant n'a fait qu'exécuter un mandat du débiteur principal. Mais deux autres classes d'hypothèses se rencontrent : 1° l'engagement du fidéjusseur ne constitue qu'une gestion d'affaires, car il a été contracté à l'insu du débiteur ; 2° les éléments mêmes d'une gestion d'affaires font défaut, c'est-à-dire qu'au fond la dette intéressait le fidéjusseur lui-même ou qu'il avait l'intention de gratifier le débiteur. En d'autres termes il s'est obligé *in rem suam* ou *animo donandi*, et dans cette dernière hypothèse les jurisconsultes font généralement rentrer la fidéjussion contractée nonobstant la défense formelle du débiteur (2). Quelle sera dans ces divers cas la position du fidéjusseur? S'il est gérant d'affaires, il aura l'action *negotiorum gestio*, souvent moins avantageuse que celle de mandat. S'il n'est ni mandataire ni gérant d'affaires, on lui refusera toute espèce de recours (L. 6 § 2 ; L. 20 § 1 ; L. 53, *Mand.*, XVII, 1) (3).

Ce n'est pas tout que le fidéjusseur puisse justifier de sa qualité de mandataire. L'action *mandati* ne naît que moyennant le concours de deux conditions : 1° il faut, disent les Institutes (§ 5 *sup.*), que le fidéjusseur ait payé, d'autres textes disent qu'il ait payé ou qu'il ait été condamné (L. 38 § 1, *Mand.*), formules un peu étroites que je

(1) Ce passage de Gaius nous prouve de la façon la plus certaine que la loi Apuléia est postérieure à la loi Furia. Mais quelle en est la date précise? Nous l'ignorons. En général on la rapporte à l'an de Rome 652. Mais cela est inacceptable, si l'on tient compte de l'observation précédemment faite sur la date de la loi Furia (p. 350, note 1). Il y eut en l'an de Rome 364 un tribun de la plèbe appelé L. Apuléius (Tit. Liv., V, 32). La loi Apuléia ne serait-elle pas un plébiscite voté sur sa proposition?

(2) Selon quelques jurisconsultes, le fidéjusseur obligé *invito debitore* aurait pu exercer une action utile de gestion d'affaires (L. 40, *Mand.*). Cette controverse se rattache à une controverse plus générale que j'exposerai à propos de la *negotiorum gestio* (n° 656).

(3) Quoique mandataire, le fidéjusseur n'aura ni l'action *mandati*, ni aucune autre action, toutes les fois que le débiteur principal n'aura pu s'engager envers lui que naturellement. Comme exemple, je citerai le cas où l'obligation principale est celle d'un pupille non autorisé.

remplace par celle-ci : il faut que l'extinction de l'obligation lui coûte quelque chose. Cette formule nous explique pourquoi le fidéjusseur simplement poursuivi n'est pas encore admissible à exercer un recours ; c'est qu'il peut être absous, et qu'alors il ne perdra rien. Elle explique très bien aussi pourquoi il peut recourir avant d'avoir exécuté la condamnation prononcée, et même avant le jugement de l'appel (LL. 45 et 60 pr., *De fid.*), et pourquoi, s'il délègue son propre débiteur au créancier, ou si ce dernier lui fait acceptilation dans le but de le gratifier personnellement, ces actes sont assimilés à un payement (L. 10 § 13 ; L. 26 § 2, *Mand.*). Enfin cette même formule implique que le recours du fidéjusseur se limite au montant du sacrifice qu'il a fait (L. 26 § 4, *Mand.*) ; 2° il faut qu'il ait réellement libéré le débiteur principal. Donc celui-ci était-il protégé par une exception perpétuelle : le fidéjusseur qui a sciemment négligé de la faire valoir ne peut exercer aucun recours. Même résultat si l'exception, quoique née du chef du fidéjusseur, était de celles que le débiteur lui-même aurait pu opposer, ou si, injustement condamné par le juge, il a négligé d'interjeter appel (L. 10 § 12 ; L. 29 pr. et § 4, *Mand.* — L. 67, *De fid.* — L. 10, C., *Mand.*) (1).

Ces conditions remplies, le fidéjusseur ne peut exercer l'action de mandat qu'autant que les termes marqués pour l'échéance de sa propre obligation et de l'obligation principale sont arrivés ; car son mandat ne lui permet pas d'aggraver par un payement anticipé la condition du débiteur principal (L. 22 pr. ; L. 51, *Mand.*, XVII, 1. — L. 31, *De fid.*). On décide en outre qu'il encourrait déchéance de son action s'il négligeait d'avertir le débiteur que l'obligation est éteinte, et que celui-ci eût fait sans fraude un second payement : le débiteur s'acquitterait en pareil cas par la cession de son action en répétition contre le créancier (L. 29 § 3, *Mand.*) (2).

(1) Il y a des cas exceptionnels où le fidéjusseur est affranchi de ces deux conditions et agit pour obtenir que le débiteur paye lui-même ou lui remette les fonds nécessaires à cette fin. Cela a lieu notamment en vertu d'une convention formelle, ou à raison des actes de dissipation du débiteur (L. 10, C., *Mand.* — L. 38 § 1, *Mand.*).

(2) Réciproquement, le débiteur qui paye reste exposé au recours du fidéjusseur qui, faute d'avoir été averti, aurait payé une seconde fois (L. 29 § 2, *Mand.*).

IX. — DE LA *fidejussio indemnitatis*.

572 *a*. L'obligation du fidéjusseur, telle qu'elle résulte des formules consacrées par le droit commun, s'applique ou à la totalité, ou à une portion déterminée de l'objet compris dans l'obligation principale. Ici il est interrogé en ces termes : *quanto minus a Titio consecutus fuero, tantum dare spondes?* (L. 6 pr., *De nov.*, XLVI, 2. — L. 150, *De verb. sign.*, L, 16). En présence de cette formule ou autres équivalentes, il est impossible de mesurer dès à présent le contenu de l'obligation accessoire. Qu'est-ce que le fidéjusseur aura à payer? peut-être tout, peut-être une fraction, peut-être rien. Une seule chose est claire, c'est que l'insolvabilité du débiteur principal ne mettra pas le créancier en perte : le fidéjusseur s'engage à l'indemniser, et de là l'expression *fidejussio indemnitatis*, suggérée par le langage même de certains textes (L. 54 pr., *Loc.*, XIX, 2. — L. 2, *De fid. tut.*, V, 57).

Dans une théorie qui paraît avoir reçu l'approbation générale des derniers jurisconsultes classiques, et qui nous est particulièrement connue par deux textes de Paul (L. 116, *De verb. obl.* — L. 21, *De sol.*, XLVI, 3), le *fidejussor indemnitatis* est considéré comme obligé sous condition, et la condition est celle-ci : *s'il est impossible au créancier de se faire payer sur les biens du débiteur principal*. De cette donnée on déduit trois conséquences qui forment le caractère original de la *fidejussio indemnitatis :* 1° le créancier, avant de s'adresser au fidéjusseur, est tenu de poursuivre le débiteur principal et de faire discuter tous ses biens : sans cela, en effet, comment savoir si la condition qui suspend l'obligation accessoire est accomplie? Comment dire si le fidéjusseur est tenu et dans quelle mesure il l'est (1)? 2° en poursuivant le débiteur principal, le créancier ne consomme pas son droit contre le fidéjusseur. De deux choses l'une, en effet : ou il réussit à se faire payer, et alors la fidéjussion s'évanouit par la défaillance de la condition sous laquelle elle avait été

(1) D'après Celsus (L. 42 pr., *De reb. cred.*, XII, 1), le *fidejussor indemnitatis* peut être poursuivi le premier. Mais alors il faut rechercher, en se plaçant au jour de la *litis contestatio*, quelle est la somme que le débiteur principal serait incapable de payer. Cette somme nous donne tout à la fois la mesure de la condamnation qui doit être prononcée contre le fidéjusseur, et de la libération que la *deductio in judicium* procure au débiteur non poursuivi. Un tel procédé devait être d'une application difficile.

contractée ; ou il n'y réussit pas, et alors, la condition s'accomplissant, le fidéjusseur commence à être tenu (1) ; 3° le créancier n'est pas libre de retarder indéfiniment ses poursuites contre le débiteur principal. Si par négligence il le laisse devenir insolvable, la perte qu'il en éprouve reste à sa charge ; car le fidéjusseur n'a promis que ce que le créancier ne pourrait pas recouvrer (L. 41 pr., *De fid.*) (2).

Qu'est devenue la *fidejussio indemnitatis* dans le droit de Justinien? En tant qu'elle assurait au fidéjusseur l'avantage de n'être pas poursuivi le premier, le bénéfice de discussion la rend inutile. En tant qu'elle permettait au créancier de poursuivre le fidéjusseur après avoir poursuivi le débiteur principal, le droit commun suffit encore, puisque la *litis contestatio* a perdu son effet absolu (3). Enfin, en tant qu'elle rendait le créancier responsable de sa négligence à poursuivre le débiteur principal, je crois, nonobstant l'autorité de beaucoup d'interprètes (4), qu'elle conserva son utilité spéciale.

X. — DE LA *fidejussio alterna*.

573 *a*. Dans le sens le plus général, il y a *fidejussio alterna* ou *mutua*, toutes les fois que plusieurs débiteurs se portent réciproquement fidéjusseurs les uns pour les autres. Quand les débiteurs sont tenus d'obligations distinctes, la *fidejussio alterna* n'offre aucun intérêt particulier. Si au contraire ils sont tenus ensemble d'une obligation corréale, il s'agit de savoir dans quelle mesure les conséquences régulières de la corréalité se trouvent modifiées par sa combinaison avec la fidéjussion. Un premier point certain, c'est que celui qui paye au delà de sa part fait supporter la différence à ses *correi*

(1) Ici la doctrine de Celsus est la même au fond que celle de Paul, mais son langage est tout différent. Faute d'avoir dégagé le caractère conditionnel de la *fidejussio indemnitatis*, il présente le fidéjusseur comme cessant ou continuant d'être tenu, selon que le débiteur exécute ou n'exécute pas la condamnation.

(2) La *fidejussio rem creditoris salvam fore* que, d'après un rescrit d'Alexandre Sévère, j'ai présentée comme distincte de la *fidejussio indemnitatis* (p. 364, note 2), ne dérogeait au droit commun, je le crois du moins, que sur le second des trois points que je viens d'indiquer.

(3) A cet égard, le rescrit rappelé en la note précédente faisait très clairement ressortir la différence qui sépare la *fidejussio indemnitatis* de la fidéjussion ordinaire. Mais quelques additions déjà signalées de Justinien, tout en laissant subsister l'antithèse dans la forme, l'effacent au fond. Elles réduisent le texte à un nonsens pour lui faire exprimer le droit nouveau (p. 365, note 1).

(4) Voy. t. II, n° 568 et p. 374, note 1.

sans avoir besoin de prouver l'existence d'une société : l'action *mandati* lui suffit pour cela. La question n'est donc délicate que dans les rapports des débiteurs avec le créancier. A cet égard, quelques lumières nous sont fournies, au moins en ce qui concerne le droit de Justinien, par la novelle 99, que ce prince nous présente comme un complément de celle qui avait introduit le bénéfice de discussion. Voici ce qu'elle décide : le *correus* poursuivi *in solidum* alléguera sa qualité de *fidejussor alternus* pour exiger la mise en cause de ses codébiteurs présents; puis, le juge divisera le total de la dette, par portions égales, entre tous ceux dont il aura vérifié la solvabilité. De cette façon, le créancier obtient aussi pleine satisfaction que par une seule poursuite; et chaque débiteur ne paye que sa part augmentée, s'il y a lieu, d'une contribution à celle des absents et des insolvables (1). De cette décision je conclus que, nonobstant la *fidejussio alterna*, chaque *correus* demeure purement et simplement débiteur principal dans la mesure de sa part virile, et que réciproquement il n'est fidéjusseur à l'égard de chaque autre *correus* que pour une part virile. Soit par exemple quarante sous d'or dus par quatre *correi* : je dis d'abord que chaque *correus* doit dix pour son propre compte, et voilà pourquoi il ne peut jamais imposer l'avance de cette somme aux autres; je dis, en second lieu, que pour chacun de ses codébiteurs il est réputé avoir promis dix, et non pas trente, et voilà pourquoi il doit les mettre tous en cause au lieu d'imposer à un seul l'obligation de payer trente. Une conclusion plus générale se dégage de la novelle 99 (cap. 1, *in fine*) : c'est qu'en supposant la *fidejussio alterna* contractée au même moment que l'obligation principale et en présence du créancier, il ne dépend pas de lui d'en faire abstraction comme d'une convention à laquelle il serait resté étranger (2).

La novelle 99 mise à part, quels pouvaient être, soit dans le droit de Justinien, soit même avant lui, les effets de la *fidejussio alterna*

(1) Beaucoup d'interprètes anciens ont cru que la novelle 99 avait pour but d'accorder le bénéfice de division à tous les *correi promittendi*. C'était oublier que dans la rubrique, aussi bien que dans la position de l'espèce, elle vise expressément une corréalité accompagnée de fidéjussion réciproque.

(2) En sens contraire, on objecte un texte de Papinien (L. 11 pr., *De duob. reis*, XLV, 2), où il est dit que le créancier peut poursuivre l'un des *correi* tant comme débiteur principal pour une part que comme fidéjusseur pour le surplus, mais qu'il n'y est pas forcé. Ce texte n'infirme pas, quant au droit de Justinien, la conclusion que je tire de la novelle 99; mais il permet de croire qu'en effet à une époque ancienne la *fidejussio alterna* ne produisait aucun effet contre le créancier. Et cela explique pourquoi nous ne trouvons au Digeste aucun autre texte qui s'y rapporte.

intervenue entre *correi promittendi?* Elle permettait sans doute au *correus* qui payait de se faire céder les actions du créancier. Sans doute aussi, il pouvait opposer du chef d'un autre *correus*, et jusqu'à concurrence de la part de celui-ci, un pacte de remise ou une cause de compensation. C'étaient là des avantages très réels lorsqu'il n'y avait pas société. En sens inverse, la *fidejussio alterna* devait rendre les *correi* réciproquement responsables de leur demeure, et à ce point de vue c'est pour le créancier qu'elle était avantageuse.

XI. — DE LA FIDÉJUSSION CONSIDÉRÉE COMME *intercessio*, ET DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN.

574. Envisagée dans sa fonction ordinaire, la fidéjussion appartient à une classe plus générale d'actes qui portent le nom commun d'*intercessiones*. L'*intercessio* proprement dite est le fait de celui qui sans intérêt personnel s'adjoint à l'obligation d'autrui ou y substitue sa propre obligation (L. 3 §§ 5 et 6, *De pec.*, XV, 1. — L. 4, C., *Ad sct. Vell.*, IV, 29) (1). Elle se réalise presque toujours par l'un des actes suivants : 1° la fidéjussion, ou plus généralement l'*adpromissio*; 2° le *mandatum pecuniæ credendæ;* 3° le pacte de constitut fait pour un tiers; 4° la constitution de gage ou d'hypothèque faite également pour un tiers; 5° l'*expromissio*; 6° le fait de défendre en justice au nom d'un tiers.

Ces six formes d'*intercessio* peuvent se classer à deux points de vue fort différents : 1° les unes, ce sont les quatre premières, rentrent dans la donnée générale qu'exprime notre mot cautionnement, c'est-à-dire qu'elles ont un caractère accessoire (2), et qu'à côté d'elles il y a une obligation principale sans laquelle elles ne peuvent pas plus subsister que naître. Dans les deux autres, au contraire, l'obligation de l'*intercessor*, une fois formée, exclut l'idée d'une autre obligation dont elle ne serait qu'une dépendance (3); 2° la consti-

(1) Les mots *intercedere, intercessio*, s'emploient quelquefois alors même que l'intervention pour autrui est déterminée par un intérêt personnel (L. 13 pr., *Ad sct. Vell.*, XVI, 1). Mais l'*intercessio* entendue en ce sens large n'est pas soumise aux lois restrictives qui s'appliquent à l'*intercessio* telle que je la définis.

(2) C'est pourquoi on les comprend toutes sous le nom d'*accessiones* (LL. 32, *De fid.* — L. 43, *De sol.*). On remarquera du reste que cette dénomination leur convient indépendamment de l'*intercessio* qu'elles peuvent contenir. Ainsi une constitution de gage ou un constitut que je fais pour ma propre dette sont des *accessiones*.

(3) Pour exprimer cette différence, les interprètes ont imaginé la distinction, un peu barbare dans la forme, de l'intercession cumulative et de l'intercession privative.

tution de gage ou d'hypothèque se sépare des cinq autres formes par son caractère purement réel : au lieu d'obliger la personne de l'*intercessor*, elle n'oblige que ses biens en tout ou en partie.

Il faut se prémunir ici contre deux idées qui seraient également fausses : 1° si les actes qui viennent d'être énumérés font présumer l'*intercessio*, ils ne l'impliquent pas d'une manière absolue. Voici par exemple un entrepreneur qui doit pour un prix déterminé me construire une maison; mais il manque d'argent pour payer les matériaux et la main-d'œuvre. Si je vous donne mandat de lui en prêter, ou que, le prêt fait, j'y accède comme fidéjusseur, que je le garantisse par un gage ou un constitut, que je nove l'obligation par ma promesse personnelle, ou que je vienne moi-même défendre à votre poursuite, dans aucun de ces cas je ne fais acte d'*intercessio*. Car s'il est vrai que je m'engage pour autrui ou à la place d'autrui, il est vrai aussi que je ne m'engage pas dans l'intérêt d'autrui; j'agis *in rem meam*. Ce qui le prouve bien, c'est que la personne pour laquelle j'interviens pouvait, en dehors de mon intervention, me dire : *Ma dette est votre dette*, et la faire retomber sur moi (L. 5 pr., § 1, *De lib. leg.*, XXXIV, 3); 2° un acte par lequel on ne s'engage ni à côté d'un tiers ni à la place d'un tiers antérieurement obligé peut dissimuler une *intercessio*. Par exemple, Primus veut m'emprunter de l'argent; mais, soit que je tienne sa solvabilité pour suspecte, soit que lui-même craigne, pour une raison quelconque, de s'adresser à moi, c'est Secundus qui se présente comme emprunteur, et c'est à lui que je compte les deniers, c'est lui que je veux avoir pour obligé. Comme il n'a reçu l'argent qu'en vertu d'une convention faite avec vous et dans le but de vous le remettre immédiatement, il sera un *intercessor* (L. 29 pr., *Ad sct. Vell.*, XVI, 1). En résumé donc, il n'y a aucune forme de s'obliger qui fonctionne essentiellement comme moyen de réaliser une *intercessio*, et il n'y en a aucune qui ne puisse accidentellement fonctionner à ce titre. Mais une présomption d'*intercessio* est attachée jusqu'à preuve contraire à l'obligation qui s'annonce contractée pour autrui, tandis que celle qu'on paraît contracter pour soi-même emporte la présomption inverse.

575. A quoi bon distinguer entre le débiteur qui intercède et le débiteur qui n'intercède pas? Un premier point trop évident pour que j'y insiste, c'est que quiconque s'oblige dans son propre intérêt supporte lui-même la charge de la dette, tandis que l'*intercessio* sert ordinairement de cause à un recours contre la personne pour

laquelle elle a été fournie (1). Mais l'importance principale de la distinction tient à ce qu'il y a deux classes de personnes auxquelles on défend absolument l'*intercessio* : ce sont les esclaves et les femmes (2).

A l'égard des esclaves, la prohibition n'a de sens qu'en les supposant placés à la tête d'un pécule. C'est, en effet, une règle générale du droit prétorien, qu'en pareille hypothèse les obligations par eux contractées réfléchissent contre le maître jusqu'à concurrence des valeurs comprises dans le pécule. Eh bien, quand ils auront intercédé, ils ne l'obligeront pas du tout (L. 30 § 1, *De pact.*, II, 14. — L. 3 §§ 5 et 6; L. 47 § 1, *De pec.*, XV, 1) (3). Cette prohibition, probablement aussi ancienne que l'action *de peculio*, n'est pas difficile à expliquer : on pouvait craindre que l'esclave, trop peu intéressé à la conservation du pécule, malveillant peut-être ou désireux de gagner les bonnes grâces d'un tiers qui lui promettrait de l'acheter et de l'affranchir, ne s'engageât facilement dans des intercessions déraisonnables et ruineuses pour le maître (4).

A l'égard des femmes, la prohibition fut établie par le sénatus-consulte Velléien, qui paraît avoir été rendu sous le règne de Claude, en l'année 46 de l'ère chrétienne. Le sénatus-consulte, son texte même nous l'apprend (L. 2 § 1, *Ad sct. Vell.*, XVI, 1), ne fit que consacrer une jurisprudence antérieure, et cette jurisprudence elle-même n'était que la généralisation de quelques édits rendus par Auguste et par Claude (L. 2 pr., *eod.*). Ces princes, dans le but évident de protéger les femmes mariées contre une influence facile à subir et souvent désastreuse, leur avaient interdit de contracter aucune obligation pour leurs maris. La jurisprudence fut plus ra-

(1) Voy. en outre ce qui a été dit du fidéjusseur *in rem suam* (t. II, p. 366, note 1; p. 378, note 2).

(2) Il y a certains cas spéciaux où l'*intercessio* est défendue aux militaires et aux décurions (Inst., § 11, *De exc.*, IV, 43. — L. 8 § 1, *Qui sat. cog.*, II, 8. — LL. 30 et 31, C., *De loc.*, IV, 65).

(3) Il y a ici deux confusions à éviter. D'abord l'esclave qui intercède a beau ne pas obliger son maître, lui-même s'oblige naturellement. En outre, lorsqu'il prend dans le pécule de quoi acquitter son obligation d'*intercessor*, l'aliénation qu'il fait ainsi, quoique nulle comme payement, vaut comme aliénation ; d'où il suit que la répétition qui compète au maître s'exerce par voie de *condictio*, et non pas de revendication (L. 19, *De fid.*).

(4) Ce motif ne s'applique pas aux fils de famille, dont l'intérêt se confond avec celui du père, et qui ne peuvent ruiner leur pécule sans appauvrir le patrimoine qu'ils sont appelés à recueillir un jour. Aussi leurs intercessions sont-elles garanties par l'action *de peculio* (L. 3 § 9, *De pec.* — L. 1 § 3, *De pec. const.*, XIII, 5.).

dicale : sans distinguer si la femme était mariée ou non, ni si elle s'engageait pour son mari ou pour un tiers, elle annula son *intercessio* d'une manière absolue. C'est cette jurisprudence, probablement encore indécise et contestée, que le sénat érigea en loi, et cela, dit le sénatus-consulte, parce que l'*intercessio* rentre dans les *officia virilia*, ce qui plus clairement signifie qu'en se mêlant des affaires d'autrui la femme sort du rôle domestique qui lui convient exclusivement (1). Faut-il conclure de ce motif que le sénat craignit l'influence des femmes plutôt qu'il ne songea à les protéger ? On l'a dit ; ce qui est certain, néanmoins, c'est que la prohibition fut constamment interprétée en leur faveur, et cette interprétation me paraît conforme à la lettre même du sénatus-consulte (2).

576. Deux régles fixeront l'étendue de la prohibition :

1° D'une part elle ne s'applique qu'aux actes constitutifs d'*intercessio*. Donc la femme reste libre de s'appauvrir au profit d'autrui par un acte qui ne l'oblige pas elle-même, par exemple par une aliénation à titre de payement ou de donation (L. 4 § 1 ; L. 5, *Ad sct. Vell.*). Par voie de conséquence, elle contracte valablement toute espèce d'obligation considérée comme équivalente à un payement ou qui a pour effet immédiat de consommer une donation. Ainsi elle peut se laisser déléguer au créancier de son propre créan-

(1) Voici l'indication des principales exclusions que le même motif fit admettre à l'égard des femmes. Elles ne peuvent : 1° figurer dans les comices ni dans l'armée (t. I, p. 29, note 3) ; 2° exercer aucune magistrature, même municipale (L. 2 pr., *De reg. jur.*, L, 17) ; 3° remplir les fonctions de juges ou d'arbitres volontaires (L. 12 § 2, *De jud.*, V., 1., — L. 6, C., *De rec. arb.*, II, 56) ; 4° être appelées à une tutelle (n° 137) ; 5° postuler pour autrui ou recevoir une *procuratio ad litem* (L. 1 § 5, *De post.*, III, 1. — L. 18, C., *De proc.*, II, 13. — Inst., § 11, *De exc.*, IV, 13) ; 6° jouer le rôle de *libripens* ou de témoin dans un testament (Ulp., XX § 7) ; 7° figurer comme témoins dans une mancipation (n° 224) ; il est même probable qu'anciennement leur témoignage n'était pas reçu en justice (L. 18, *De test.*, XXII, 5. — L. 20 § 6, *Qui test. fac.*, XXVIII, 1) ; 8° intenter une accusation, quand il s'agit d'un crime qui ne les atteint pas personnellement, elles ou leurs proches parents (LL. 1 et 2 pr., *De accus.*, XLVIII, 2) ; 9° enfin, se livrer à la banque (L. 12, *De ed.*, II, 13). C'est l'ensemble de ces incapacités, auxquelles il faut joindre l'exclusion de tous les droits politiques non indiqués ci-dessus, qui fait dire à Papinien : *In multis juris nostri articulis deterior est conditio feminarum quam masculorum* (L. 9, *De stat. hom.*, I, 5). Ajoutons que dans l'usage les femmes n'aimaient pas à contracter elles-mêmes et recouraient volontiers à l'intermédiaire de leurs esclaves (L. 14 § 1, C., *De contr. et comm. stip.*, VIII, 38).

(2) *Plenissime feminis omnibus subventum est, opem tulit mulieribus*, dit Ulpien (L. 2 §§ 1 et 2, *Ad sct. Vell.*). Marcien regarde l'*exceptio Velleiani* comme établie *mulieris causa* (L. 40 pr., *De cond. ind.*, XII, 6) ; et le sénatus-consulte dit : *eas ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum*.

cier (L. 24 pr., *eod.*) ou se porter *expromissor* pour un débiteur qu'elle veut gratifier (1). A plus forte raison faut-il valider l'obligation qu'elle contracte pour autrui, quand au fond c'est elle seule que l'affaire intéresse (L. 13 pr.; L. 25 § 1, *eod.*).

2° D'autre part, la prohibition embrasse toute *intercessio*, non seulement celle qui se manifeste par le recours à l'une des formes précédemment indiquées (n° 574), mais encore celle qui se déguise sous l'apparence d'une obligation absolument nouvelle que la femme fait naître en sa propre personne (L. 8 § 14, *Ad sct. Vell.* — L. 19, C., *eod.*) (2). Malgré le caractère général de cette règle, il y a des cas où elle fléchit devant une raison supérieure d'équité et où l'on valide l'*intercessio*. Voici les principaux : 1° la femme a trompé le créancier (L. 2 § 3, *Ad sct. Vell.*); par exemple, voulant constituer une hypothèque sur sa propre chose, elle a pris l'intermédiaire d'un tiers qui a présenté la chose comme sienne (L. 5, C., *eod.*). Par une exacte déduction de cette idée, toutes les fois que le caractère de l'acte ne fait pas présumer l'*intercessio*, on la valide s'il n'est prouvé que le créancier l'a connue (LL. 11, 12, 19 § 5, 28 § 1, *eod.*); 2° le créancier est un mineur de vingt-cinq ans, et le débiteur pour lequel la femme s'est engagée n'est pas solvable (L. 12, *De min.*, IV, 4) ; 3° l'*intercessio* a pour but d'éviter au père de la femme les rigueurs qui suivent une condamnation judiciaire (L. 21 § 1, *Ad sct. Vell.*) (3); 4° enfin l'*intercessio* a tourné au profit de la femme, de sorte qu'elle se trouve en dernier résultat dans la même situation que si, dès le début, elle se fût engagée *in rem suam* (L. 21 pr., *eod.*) (4).

(1) Je n'oserais décider de même à l'égard de la fidéjussion contractée *animo donandi*. Car ici la donation n'est pas encore réalisée, les poursuites du créancier pouvant être dirigées de préférence contre le débiteur principal.

(2) Le sénatus-consulte mentionne textuellement les *fidejussiones* et les *mutui dationes*, voulant sans doute montrer, par le choix de ces deux types, qu'il prévoit tout ensemble les intercessions apparentes et les intercessions non apparentes.

(3) Il ne faut pas conclure de là que la femme puisse en règle générale intercéder pour son père ou pour ses proches parents (L. 2 § 5, *Ad. sct. Vell.*).

(4) Il y a des interprètes qui valident l'*intercessio* lorsque la femme soit en s'engageant, soit plus tard, a renoncé à la protection du sénatus-consulte. Mais le seul texte classique qu'on allègue en ce sens (L. 32 § 4, *Ad. sct. Vell.*) est plutôt favorable à l'opinion contraire : une femme qui s'est portée *expromissor* veut défendre en justice, et en même temps elle veut que l'action qui compétait contre l'ancien débiteur ne soit pas restituée. Qu'elle promette, dit Pomponius, de ne point se retrancher derrière l'exception tirée du sénatus-consulte, et qu'elle fasse garantir sa promesse par un fidéjusseur, alors seulement on l'admettra à défendre. Cela ne prouve-t-il pas qu'une renonciation pure et simple serait inutile?

Arrivons à la sanction du sénatus-consulte. Ici tout peut se résumer en un mot : l'*intercessio* est nulle (*inanis, sine effectu*. — L. 8 §§ 9 et 12, *Ad sct. Vell.*). Mais les conséquences de cette nullité doivent être envisagées distinctement dans les rapports du créancier avec la femme et avec le tiers pour lequel elle est intervenue.

Quant à la femme, la nullité est tellement absolue qu'il ne se forme pas même d'obligation naturelle. Deux choses le prouvent : c'est d'abord que, venant à payer par erreur, elle est autorisée à exercer la *condictio indebiti* (L. 40 pr., *De cond. ind.*, XII, 6. L. — 8 § 3, *Ad sct. Vell.* — L. 9, C., *Ad sct. Vell.*) (1). C'est, en second lieu, que le fidéjusseur qui accède à son obligation, même *animo donandi*, par conséquent sans aucune vue de recours, peut comme elle se prévaloir de la nullité (L. 16 § 1, *eod.* — L. 14, C., *eod.*). Cela signifie-t-il que la prohibition opère *ipso jure?* En aucune façon. Donc, si nous supposons que le créancier sollicite une formule d'action, nous aurons l'un des deux résultats suivants : ou le magistrat reconnaîtra que l'obligation de la femme constitue une *intercessio*, et que cette *intercessio* ne rentre dans aucun des cas exceptionnels où elle doit être validée, et alors, par application d'une règle générale, il refusera l'action ; ou, au contraire, l'un de ces deux points lui paraîtra douteux (2), et il délivrera la formule, mais en y insérant l'exception tirée du sénatus-consulte (3).

Dans les rapports du créancier avec le tiers pour lequel la femme est intervenue, trois cas doivent être distingués : 1° l'*intercessio* s'est produite sous la forme d'un engagement accessoire ; en ce cas, sa nullité n'affecte en aucune façon l'obligation principale ; 2° l'*intercessio* tendait à libérer un débiteur antérieur, par exemple elle consistait en une *expromissio*. Ici le créancier perd *ipso jure* son ancienne action ; mais il ne la perd que pour un instant de raison. On la lui rend, en effet, sous la forme d'une action utile, spécialement ap-

(1) Que si elle paye sans erreur et au nom du débiteur, il est impossible de l'admettre à répéter, puisqu'elle peut payer pour autrui.

(2) Relativement à la preuve, il y a deux règles à poser : 1° toutes les fois que la femme s'est engagée dans l'une des six formes énumérées tout à l'heure (n° 574), elle est présumée avoir agi comme *intercessor ;* hors de là, la présomption est contre elle ; 2° l'*intercessio*, une fois constante, est toujours présumée nulle, sauf au créancier à établir qu'on se trouve dans une des hypothèses où le sénatus-consulte cesse.

(3) Telle est l'énergie de cette exception que si la femme s'est laissé condamner faute de l'avoir fait insérer dans la formule, elle peut encore en user pour repousser l'action *judicati* (L. 11, *De sct. Mac.*, XIV, 6).

pelée *restitutoria* ou *rescissoria* (L. 8 §§ 7 à 9, *Ad sct. Vell.* — L. 16, C., *eod.*), et cela contre tous ceux qui étaient obligés antérieurement (LL. 14, 20 et 32 § 5, *eod.*) et sans attendre que la femme ait opposé la nullité de son obligation (L. 24 § 2, *eod.*) (1) ; 3° l'*intercessio*, déguisée par exemple sous forme de *mutuum*, tendait à obliger la femme à la place d'un tiers qui n'avait jamais été tenu. Ici on transfère contre ce tiers, qui ne doit rien *ipso jure*, l'action qui n'a pas pu naître efficace en la personne de la femme (L. 8 § 14, *eod.*) (2).

Je termine par quelques mots sur deux innovations importantes de Justinien : 1° l'*intercessio* de la femme deviendra inattaquable, lorsque, après deux ans écoulés et majeure de vingt-cinq ans, elle l'aura confirmée soit par un écrit, soit par la constitution d'une sûreté quelconque (L. 22, C., *eod.*) (3) ; 2° dès le début son obligation vaudra d'une manière absolue, à la seule condition d'être constatée par un acte public portant que la femme a reçu quelque chose pour intervenir (L. 23, C., *eod.*) (4). Ainsi la prohibition subsiste, mais on l'élude par un mensonge solennel ; tel est, en deux mots, le droit nouveau. Seulement il perd toute application dans le cas spécial où la femme s'engage pour son mari. Ici Justinien maintient et peut-être aggrave les anciennes rigueurs, en décidant que l'obligation sera toujours nulle dès le début et restera nulle nonobstant toute confirmation, à moins qu'il ne soit établi avec évidence qu'elle a tourné au profit de la femme (Nov. 134, *cap.* 8). En résumé donc, celle-ci devient, ou peu s'en faut, capable d'intercéder pour tout le monde, excepté pour son mari : l'empereur byzantin abandonne la doctrine absolue du sénatus-consulte pour revenir à la pensée plus sage des édits d'Auguste et de Claude.

(1) Il va de soi que si l'obligation du débiteur n'était que naturelle, le créancier ne saurait recouvrer une action qu'il n'avait pas (L. 8 § 15, *Ad sct. Vell.*).

(2) Cela suppose le tiers capable de s'obliger civilement. Sinon, aucune action n'est donnée ni contre lui ni contre la femme.

(3) Cette disposition permet de dire que sous Justinien la femme qui intercède est tenue d'une obligation naturelle *sui generis*.

(4) Ces deux dispositions prouvent que même sous Justinien il reste interdit à la femme de renoncer purement et simplement, dès le moment où elle s'engage, à la protection du sénatus-consulte. Un seul cas fait exception : c'est celui qui est prévu par la novelle 118 (n° 137).

DU CONTRAT *LITTERIS*.

SOMMAIRE : I. De l'ancien contrat *litteris* envisagé dans sa forme, dans son objet et dans sa fonction. — II. Comparaison du contrat *litteris* et de la stipulation. — III. Du contrat *litteris* dans le droit de Justinien, et de l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

I. — DE L'ANCIEN CONTRAT *litteris* ENVISAGÉ DANS SA FORME, DANS SON OBJET ET DANS SA FONCTION.

Lib. III, tit. XXI, *De litterarum obligatione*, pr. — Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur : quæ nomina hodie non sunt in usu.	Autrefois l'écriture engendrait une obligation qui se formait, disait-on, par des *nomina*. Aujourd'hui, ces *nomina* ne sont plus en usage.

577. Le contrat *litteris,* tel que les anciens Romains le connurent (1), et tel qu'on le pratiquait encore à l'époque classique, n'existe plus sous Justinien. Les compilateurs du Digeste le retranchent invariablement de la liste des contrats (L. 1 § 1, *De obl. et act.*, XLIV, 7. — L. 8 § 1, *De fid.*, XLVI, 1. — L. 1 § 1, *De nov.*, XLVI, 1) (2), et si les Institutes le nomment (pr., *sup.*), ce n'est que pour en constater la désuétude. De là l'obscurité qui a longtemps enveloppé cette matière; quelques indications, éparses dans les auteurs classiques et particulièrement dans Cicéron, ne pouvaient suppléer aux renseignements toujours plus précis et plus complets des sources juridiques; mais aujourd'hui, grâce à quelques lignes des commentaires de Gaius (III, §§ 148 à 151), il est possible de reconstituer dans son ensemble, et avec une certitude presque entière, la théorie du contrat *litteris* .

La principale difficulté consiste à déterminer quelles sont les formes qui, remplaçant ici les solennités verbales de la stipulation, rendent l'accord des volontés obligatoire. Or, à cet égard, voici d'a-

(1) Ce contrat est-il aussi ancien que la stipulation, et à quelle époque fut-il introduit ? Ce sont deux questions auxquelles on ne peut répondre que par des conjectures vagues. Ce qui est certain, c'est qu'il était usité dès le VIe siècle de Rome (Plaute, *Asin.*, II, 4, v. 34. — Tite-Live, XXXV, 7).

(2) Le Digeste fait néanmoins allusion à l'écriture considérée comme cause d'obligation (L. 2 § 1; L. 38, *De obl. et act.*), et on y trouve des textes qui certainement se rapportent à des obligations contractées dans cette forme. J'en ai déjà cité quelques-uns (n° 554), et il y en a d'autres (L. 1, *De ann. leg.*, XXXIII, 1).

bord trois propositions que je tiens pour supérieures à toute controverse : 1° l'obligation littérale suppose des écritures rédigées par le créancier. Sur ce point, la précision et la concordance des témoignages ne laisse rien à désirer : toujours nous voyons le créancier écrire qu'il a déboursé une certaine somme pour le débiteur (*expensum ferre debitori*) ; 2° ces écritures, plusieurs passages de Cicéron le prouvent (*In Verr.*, 2ª *act.*, I, 36 ; *Pro Rosc. com.*, 1 à 5), figurent, non pas sur une feuille volante ou sur un livre quelconque, mais sur les *tabulæ* ou *codex accepti et expensi*, sorte de livre de caisse où le père de famille constate, ainsi que l'indique l'expression elle-même, toutes les sommes qu'il reçoit ou qu'il débourse à quelque titre que ce soit (1) ; 3° aucune écriture n'est exigée du côté du débiteur (2). Cette troisième proposition, mal à propos contredite sur la foi de Théophile, qui vivait longtemps après la disparition du contrat *litteris* (3), ressort clairement de textes où Cicéron (*Ad Att.*, VII, 23) et Gaius (III, § 137) nous présentent l'écriture obligatoire comme

(1) Les mœurs, sinon la loi, imposaient à tout père de famille la tenue d'un *codex* régulier, et au temps de Cicéron il était rare qu'un citoyen qui se respectait s'affranchît de cette obligation (Cic., *In Verr.*, 2ª *act.*, I, 23. — Pseudo-Asconius, *eod. loc.*). L'orateur Marc-Antoine, soupçonné d'y manquer, se défend vivement d'une telle négligence (Cic., *De Orat.*, II, 23). Il est probable que, dans ce livre, il y avait une page pour les recettes (*acceptum*) et en regard une page pour les dépenses (*expensum*) (Pline l'Ancien, II, 7), et il est certain que les unes et les autres étaient accompagnées de l'indication de leur cause ; par exemple, celui qui relatait le payement par lui fait ou reçu d'un prix de vente mentionnait en même temps la chose qu'il avait achetée ou vendue (*In Verr.*, 2ª *act.*, I, 23). La constatation d'une recette était une *acceptilatio*, celle d'une dépense était une *expensilatio*, expression qui, comme le mot *expensum*, rappelle le temps où l'on pesait les monnaies au lieu de les compter. Au surplus, on évitera de confondre ce *codex* avec les *adversaria*, sorte de brouillon ou livre-journal sur lequel les citoyens inscrivaient jour par jour les opérations qu'ils devaient au bout du mois relever sur le *codex*. Les *adversaria*, rédigés avec une certaine négligence, ne pouvaient, à la différence du *codex*, être produits en justice comme élément de preuve, et on n'était pas tenu de les conserver (Cic., *pro Rosc. com.*, 1 à 3).

(2) Sans doute, si le débiteur tient régulièrement son *codex*, il y mentionnera l'opération. Mais cette mention, indifférente quant à la perfection du contrat, n'a d'intérêt qu'au point de vue de la preuve. A-t-elle été faite : il n'y a pas de doute possible sur le consentement des parties. A-t-elle été omise : le créancier doit prouver que l'inscription portée sur son livre a obtenu l'agrément du débiteur. Dans l'usage, on évitait les difficultés sur la preuve en faisant intervenir des tiers qui servaient de témoins (*pararii*) ou même qui constataient sur leurs propres livres la formation du contrat (Senec., *De benef.*, II, 23 ; III, 15. — Cic., *Ad Att.*, IV, 18).

(3) Certainement Théophile connaissait mal ce contrat. Car il affirme, ce dont nous n'apercevons nulle part aucune trace, que l'écriture était précédée d'une interrogation et d'une réponse, et qu'elle avait pour objet de les constater.

l'œuvre exclusive du créancier (1). Et, en effet, admettons un instant la nécessité d'une écriture réciproque : comprendra-t-on le doute des jurisconsultes sur la question de savoir si les pérégrins pouvaient s'obliger *litteris*, eux qui ignoraient l'usage du *codex* (Gaius, III, § 133)? Comprendra-t-on mieux la façon dont Cicéron défend le comédien Roscius poursuivi à raison d'une prétendue obligation littérale? Le demandeur Fannius Chéréa avait fait une inscription, il était constant que Roscius n'en avait fait aucune. Au lieu d'opposer cette abstention de son client, qui eût été décisive, que plaide Cicéron? une seule chose : c'est que l'inscription du demandeur est irrégulière et nulle comme jetée sur un simple brouillon.

578. Reste maintenant, et c'est ici que la difficulté devient tout à fait sérieuse, à rechercher ce que le créancier doit écrire sur son registre. Pour répondre à cette question que les textes ne posent pas même, nous partirons de cette idée simple que les éléments essentiels du contrat doivent s'accuser, et, pour ainsi dire, transparaître dans sa forme. Or, quels sont ces éléments, c'est ce que l'analyse des textes de Gaius (III, §§ 128 à 130) va nous apprendre. Les obligations nées du contrat *litteris* s'appellent, dit-il, *nomina transcriptitia* (2), et l'opération qui leur donne naissance, c'est-à-dire le contrat lui-même, s'appelle *transcriptio* (3). La *transcriptio* s'opère de deux façons, savoir *a re in personam* ou *a persona in personam*. Elle met en jeu deux personnes dans le premier cas, trois dans le second. Il y a *transcriptio a re in personam*, lorsque, me devant une somme d'argent en qualité d'acheteur, de locataire, d'associé, ou à

(1) Voici les termes mêmes de Gaius : *in nominibus alius expensum ferendo obligat, alius obligatur*. Dans le même sens on a cité un texte de Cicéron (*De off.*, III, 14), mais qui n'a rien de bien décisif. On ne voit pas clairement, en effet, si c'est du débiteur ou du créancier que Cicéron dit : *nomina facit*. Tout ce qu'on peut conclure de ces mots, c'est que l'écriture n'est pas exigée des deux côtés.

(2) Très souvent aussi on les appelle simplement *nomina* (pr., *sup*. — Gaius, III, § 137), expression évidemment moins technique et moins complète, puisque le mot *nomen* convient à toute créance (t. II, p. 185, note 2).

(3) Les interprètes, par une habitude prise avant la découverte des commentaires de Gaius, l'appellent volontiers *expensilatio*. Mais ce mot n'exprime que l'une des deux opérations dont on va voir que le contrat *litteris* se compose. De plus il désigne d'une manière générale la constatation d'un déboursé d'argent, quelle qu'en soit la cause, et en fait le seul texte où je le rencontre (Aul. Gell., XIV, 2) l'applique à un *mutuum*. On remarquera, du reste, que le mot *transcribere* s'emploie également dans un sens large et qui n'a rien de technique, pour signifier qu'une personne transporte son droit à une autre personne (L. 13 pr., *Ad sct. Vell.*, XVI, 1. — L. 12, *De præscr. verb.*, XIX, 5. — Virg., *Æn.*, VII, 422).

tout autre titre, vous me donnez l'ordre de la porter sur mon livre comme vous ayant été comptée (*expensum ferre*). Dès lors votre ancienne obligation s'éteint de plein droit (1), mais vous recommencez à être tenu en vertu d'une cause nouvelle. Il y a *transcriptio a persona in personam*, lorsque, m'étant délégué par mon débiteur Titius, vous m'ordonnez d'écrire sur mon livre que je vous ai compté la somme par lui due (2). Cette inscription a pour effet de libérer de plein droit Titius (3) et de vous obliger à sa place.

Il est facile de voir que ces deux opérations reposent sur une double fiction. D'abord le créancier est réputé avoir reçu ce qui lui était dû ; car son ancienne créance ne s'éteint pas purement et simplement, elle est remplacée par une autre. En second lieu, il est réputé faire un prêt, soit à l'ancien débiteur, soit à un débiteur nouveau. Cela résulte de la comparaison que Gaius (III, § 131) établit entre les *nomina transcriptitia*, créances formées par l'écriture seule, et les *nomina arcaria*, créances nées d'un *mutuum* réel (4). Le sens évident de cette comparaison, c'est que le contrat *litteris* ressemble au *mutuum* comme la fiction à la réalité, comme la copie au modèle. Toute la différence est que dans un cas les espèces sont réellement comptées et que dans l'autre on les tient pour comptées. En résumé donc, supposition d'un *acceptum* et d'un *expensum*, voilà ce que nous trouvons au fond du contrat *litteris*. Le créancier est réputé recevoir ce qu'il ne reçoit pas et donner ce qu'il ne donne pas. Mais en quoi consiste la valeur reçue et donnée ? Invariablement en argent. D'une part, en effet, ce n'est pas à un *mutuum* quelconque que Gaius compare le contrat *litteris*, mais seulement au *mutuum* formé par une *numeratio pecuniæ*, ce qui signifie bien que l'*expensum* ou prêt fictif est réputé consister en argent. D'autre part, le même Gaius exprime très formellement que l'objet de l'*expensum* est le même que celui de l'*acceptum* ; et c'est pourquoi, donnant des exemples de *transcriptio a re in personam*, il suppose notamment que l'obliga-

(1) C'est ce que prouve invinciblement un passage déjà cité de Cicéron (*De off.*, III, 14).

(2) Je me place avec Gaius dans l'hypothèse la plus ordinaire. Mais les résultats seraient évidemment les mêmes, si le nouveau débiteur contractait en vertu de sa propre initiative et sans délégation préalable.

(3) En ce sens il y a un passage décisif de Tite-Live (XXXV, 7).

(4) Le *nomen arcarium* tire son nom de sa nature même. Il implique que le créancier a pris quelque chose dans sa caisse (*arca*), tandis que le *nomen transcriptitium* ne suppose rien de plus qu'une opération d'écritures.

tion convertie en obligation littérale est celle d'un acheteur ou d'un preneur, mais il n'a garde de citer celle d'un vendeur ou d'un bailleur.

Finalement, nous aboutissons à cette définition : le contrat *litteris* est un prêt d'argent fictif dont les deniers sont censés fournis au créancier par une autre numération d'argent également fictive. Si cette définition est exacte, et je crois en avoir rigoureusement démontré tous les termes, elle nous donne le contenu des écritures solennelles : il faut, d'abord qu'elles constatent un *expensum*; à cet égard, Gaius (III, §§ 129, 130, 137) est trop formel pour laisser place au moindre doute. Mais il faut aussi qu'elles constatent un *acceptum*. Il le faut, dis-je, nonobstant le silence de Gaius (1). Autrement, la corrélation entre le fond et la forme serait incomplète, sans compter qu'à la lecture du *codex* le *nomen transcriptitium* se confondrait avec le *nomen arcarium*, puisque ce dernier ne peut être constaté que par la simple mention d'un *expensum*. Cette démonstration purement théorique est tout à fait confirmée par Cicéron, lorsque, relevant l'impudence de Fannius Chéréa, qui ose alléguer un *nomen* non inscrit sur son *codex*, il lui adresse cette phrase significative : *in codicem acceptum et expensum referri debuit* (*Pro Rosc. com.*, § 3). La nécessité de cette double constatation nous explique de la manière la plus satisfaisante les expressions *transcriptio* et *transcriptitium nomen*. Le créancier, en effet, reporte ou transcrit à la colonne de l'*expensum* une somme qu'il a dû faire figurer à la colonne de l'*acceptum* (2).

579. Les explications qui précèdent ne nous donnent pas une idée complète de la fonction pratique du contrat *litteris*. Et d'abord, de ce qu'il s'analyse en un prêt fictif, on déduirait à tort qu'il exclue nécessairement l'idée d'un prêt réel. Tout au contraire, on le conçoit comme n'étant, en certains cas, que la transformation d'un prêt de cette dernière espèce, et alors voici comment les choses se passent. Le prêteur commence par mentionner sur son *codex* le *nomen arcarium*, qui résulte de la numération des espèces. Cela fait, il écrit que

(1) Ce silence n'a rien d'étonnant. Car Gaius s'attache plutôt à indiquer la fonction ordinaire du contrat *litteris* qu'à en décrire les formes.

(2) Une autre explication a été donnée, d'après laquelle le mot *transcriptio* ferait allusion à ce que la créance est d'abord inscrite sur un brouillon (*adversaria*), puis reportée sur le *codex*. Mais il est facile de répondre que tel est aussi, dans la pratique ordinaire, le cas du *nomen arcarium*, et que d'ailleurs cette pratique n'a rien d'obligatoire, l'inscription pouvant être faite immédiatement sur le *codex*.

le débiteur a payé la somme, puis l'a de nouveau reçue. Nous avons donc bien ici, ce que suppose toujours le contrat *litteris*, un *acceptum* et un *expensum* qui n'expriment que deux fictions (1). En second lieu, ce serait une erreur grave de s'imaginer, sur le vu des hypothèses présentées par Gaius, que ce contrat tende invariablement, semblable en cela à la novation, à remplacer une obligation antérieure par une obligation nouvelle (2). Il peut fort bien ne se rattacher à aucun rapport de droit préexistant. Par exemple, je veux vous faire une donation ou vous ouvrir un crédit : vous écrirez sur votre livre que vous avez reçu de moi telle somme, puis, que vous me l'avez comptée (3). Ce sera alors une *transcriptio a re in personam*. De même, si c'est à un tiers que je veux faire la donation ou ouvrir le crédit, il peut, par mon ordre et avec votre consentement, écrire qu'il a reçu de moi telle somme et qu'il vous l'a comptée. Ici nous aurons une *transcriptio a persona in personam*.

II.— COMPARAISON DU CONTRAT *litteris* ET DE LA STIPULATION.

580. Comme la stipulation, le contrat *litteris* est solennel, donc soumis à une interprétation étroite. Comme elle aussi, il est manifestement unilatéral, engendre une action *stricti juris* et exclut toute recherche des causes réelles qui ont pu déterminer l'accord des volontés (4). La signification de ces ressemblances n'échappera pas à ceux qui ont bien saisi le caractère de la stipulation (n° 499). J'insisterai donc plutôt sur les différences qui séparent ces deux contrats. Il y en a trois tout à fait essentielles :

1° Les formes du contrat *litteris* n'ont rien de commun avec celles de la stipulation. Comme elles consistent en de simples écritures, elles peuvent servir tant à obliger un sourd, un muet, un absent, qu'à les rendre créanciers, et, à cet égard, le contrat *litteris* est plus large

(1) Cette conversion du *mutuum* en un contrat *litteris* est très utile au créancier : elle le dispense de prouver que les deniers qu'il a livrés lui appartenaient.

(2) Théophile est tombé dans cette erreur.

(3) Nous trouvons dans Valère Maxime (VIII, 2, § 2) l'exemple d'une donation réalisée par la voie d'un contrat *litteris*, et l'auteur exprime formellement qu'elle fut colorée *nomine debiti*.

(4) Ce dernier point est mis hors de doute par un passage déjà cité de Cicéron (*De off.*, III, 14). Mais ce qui est vrai en droit civil ne l'est plus en droit prétorien, et Valère Maxime (*loc. cit.*) nous montre le préteur Aquilius Gallus refusant de faire exécuter un contrat *litteris* qui contenait une donation arrachée à la faiblesse d'un malade par les artifices d'une courtisane.

que la stipulation (Gaius, III, § 138. — N°s 497 et 504). Mais comme, d'autre part, ces écritures doivent être portées sur le *codex* du créancier, il en résulte que les pérégrins, n'étant point obligés de tenir un *codex*, ne peuvent jamais acquérir une créance littérale (1); et par la même raison, les esclaves et les fils de famille ne sont pas admis à user de ce contrat au profit du maître ou du père (Cic., *Pro Cœlio,* 7) (2). Enfin, ces écritures ayant pour objet spécial de constater deux numérations d'argent, le contrat *litteris* exclut nécessairement la condition expresse (*Fr. vat.*, § 329) (3). Car si l'effet d'une numération peut être suspendu par une condition, la numération elle-même, considérée comme simple fait matériel, ne le peut pas (4).

2° Comme je l'ai déjà dit, l'obligation *litteris* a nécessairement pour objet une somme d'argent déterminée. D'où il suit qu'elle est toujours divisible (n° 516) et toujours sanctionnée par une *condictio certæ pecuniæ* (Cic., *pro Rosc. com.*, 4 et 5).

3° Enfin, le contrat *litteris* resta enfermé, plus étroitement que la stipulation, dans le domaine du *jus civile*. On a déjà vu qu'à raison de sa forme il était inaccessible aux pérégrins qui voulaient devenir créanciers. Pouvaient-ils du moins en user pour s'obliger (5) ? Sans doute, à ne considérer que la forme, ils l'auraient pu. Néanmoins les juriconsultes s'accordèrent à leur interdire absolument la *transcriptio a persona in personam*. Sur la *transcriptio a re in personam*, Gaius (III, § 133) constate une dissidence et ne nous dit pas si l'une des deux opinions avait prévalu. Peut-être que la question perdit son intérêt, par la disparition du contrat *litteris*, et ne fut jamais tranchée (6).

(1) Cela ressort implicitement d'un passage de Gaius (III, § 133).

(2) Sans doute les esclaves pouvaient être employés par le maître à la tenue de son *codex* (Cic., *In Verr.*, 2^{a} *act.*, II, 77). Mais ils ne lui prêtaient alors qu'un concours purement matériel et n'inscrivaient rien que par sa volonté.

(3) La condition tacite était admise (n° 534), et par là s'explique une *transcriptio* conditionnelle rapportée dans les lettres de Cicéron à Atticus (IV, 18).

(4) Ce motif ne s'applique pas au terme. Il est donc très probable que l'on peut fixer un terme exprès pour le remboursement. Telle est aussi la conclusion qu'autorise l'analogie du *mutuum* et du contrat *litteris*. Au surplus, on a cité en ce sens un passage de Cicéron (*Ep. ad div.*, VII, 23), mais qui n'est pas absolument décisif; car il peut très bien s'entendre d'un terme tacite, c'est-à-dire non mentionné dans les écritures solennelles.

(5) Je ne parle que des pérégrins proprement dits. Il est certain que les *Latini*, au moins les *Latini veteres*, s'obligeaient *litteris* (Tit.-Liv., XXXV, 7).

(6) Gaius (III, § 134) nous signale deux sortes d'écrits qui à l'égard des pérégrins, remplaçaient le contrat *litteris*. Ce sont les *syngraphæ* et les *chirographa*,

III. — DU CONTRAT *litteris* DANS LE DROIT DE JUSTINIEN, ET DE L'EXCEPTION *non numeratæ pecuniæ*.

Lib. III, tit. XXI, *De litterarum obligatione*, pr., suite. — Plane si quis debere se scripserit quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest; hoc enim sæpissime constitutum est. Sic fit ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur; et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat. Sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujus modi exceptio minime extendatur.

Mais si quelqu'un s'est reconnu par écrit débiteur d'une somme qu'il n'a point reçue, l'exception tirée du défaut de numération cesse, après un long temps, de le protéger; c'est ce que des constitutions ont très souvent décidé. Par là il arrive aujourd'hui encore que, ne pouvant plus se plaindre, il se trouve obligé en vertu de l'écriture, et de cette écriture naît une *condictio*, mais cela seulement en l'absence d'obligation verbale. Quant au long temps fixé pour la durée de cette exception, il s'étendait jadis, d'après des constitutions impériales, jusqu'à cinq ans. Mais pour éviter aux créanciers le risque trop prolongé de perdre un argent qui leur est dû, nous avons par notre constitution réduit ce délai de telle sorte que cette exception ne dépasse jamais la limite de deux ans.

particulièrement usités chez les Grecs (Cic., *Ad Att.*, VI, 1, n° 15). Mais tandis que dans le contrat *litteris* l'écriture est l'œuvre du créancier, ici c'est le débiteur qui déclare qu'il doit, ou, ce qui revient au même, qu'il donnera. Matériellement, le *syngrapha* et le *chirographum* sont faciles à distinguer : le premier porte la signature de chaque partie et se rédige en double; le second n'est signé que du débiteur et reste aux mains du créancier (Pseudo-Asconius, *In Verr.* 2ª *act.*, I, 36). C'est une question fort controversée que de savoir si ces deux sortes d'écrits engendrent l'obligation ou s'ils ne servent qu'à la prouver. S'ils l'engendrent, pourquoi Gaius se contente-t-il de dire : *obligatio fierit videtur?* S'ils ne font que la prouver, pourquoi compare-t-il leur effet à celui de la *transcriptio*, et pourquoi le subordonne-t-il à l'absence de toute stipulation? A en croire le texte précité du commentateur des Verrines, on serait tenté de distinguer entre le *chirographum*, qui vaudrait seulement comme preuve (*quæ gesta sunt scribi solent*), et le *syngrapha*, qui aurait par lui-même la vertu d'obliger (*etiam contra fidem veritatis pactio venit*). Quoi qu'il en soit, il est certain que les *syngraphæ* et les *chirographa* passèrent de l'usage des pérégrins dans celui des Romains, mais comme simple moyen de preuve (L. 47 § 1, *De pact.*, II, 14. — L. 41 § 2, *De usur.*, XXII, 1. — L. 31, *De prob.*, XXIII, 3. — L. 59, *De leg.* 3°, XXXII. — Nov. 136, cap. 6).

581. Bien avant Justinien, l'usage du *codex* avait péri (1). Ce devait être et ce fut la mort du contrat *litteris*. Mais d'autres causes, au besoin, l'eussent fait disparaître en le rendant inutile. D'une part, en effet, une simple convention devint suffisante pour transformer toute dette d'argent en une obligation *ex mutuo* (n° 587) : grâce à ce principe nouveau, le but ordinaire de la *transcriptio a re in personam* put être atteint d'une façon plus simple. D'autre part, le pacte de constitut fait avec un tiers permit d'obtenir des résultats analogues à ceux de la *transcriptio a persona in personam*. L'ancien contrat *litteris*, ainsi oublié plutôt qu'abrogé, fut-il remplacé par un nouveau contrat du même nom? C'est ce que l'on croirait à la simple lecture des Institutes (pr. *sup.*). Pour comprendre et apprécier la pensée de Justinien, il faut d'abord connaître certaines particularités relatives aux demandes d'argent prêté et à l'exception dite *non numeratæ pecuniæ*.

Celui qui prête de l'argent se borne quelquefois à exiger du débiteur une reconnaissance écrite (*cautio*, *instrumentum*, *chirographum*), alors il reste créancier *ex mutuo*. D'autres fois, et rien n'est plus fréquent dans la pratique romaine, il stipule la somme prêtée; mais ici le *mutuum* s'efface derrière la stipulation, qui, constatée ou non par écrit, devient ainsi la véritable cause juridique de l'obligation (n° 588). Du reste, tant pour la rédaction de l'écrit que pour les solennités de la stipulation, peu importe qu'elles interviennent avant ou après la numération des espèces. Mais il faut absolument que cette numération ait lieu. Voyons donc comment les choses se passent quand le débiteur poursuivi prétend n'avoir rien reçu; et pour cela distinguons soigneusement entre le cas où il s'est

(1) Le scoliaste de Cicéron rapporte que dans les procès criminels on interrogeait le *codex* de l'accusé pour y trouver contre lui des preuves fournies par lui-même (Pseudo-Asconius, *In Verr.*, 2ª *act.*, I, 23). Ce livre domestique, confident des actes honteux comme des actes honnêtes, pouvait donc devenir un témoin compromettant, et voilà pourquoi les Romains auraient cessé de le rédiger. Cette explication contient peut-être une parcelle de vérité ; mais, pour qu'elle fût suffisante, il faudrait supposer, contre toute vraisemblance, qu'il y eut un jour où les honnêtes gens, dans le sens le plus vulgaire du mot, devinrent l'exception à Rome. Voici donc ce que j'admettrais bien plus volontiers : étant donné deux ou plusieurs personnes qui sont en rapport d'affaires les unes avec les autres, l'usage du *codex* n'a toute son utilité qu'autant qu'il est pratiqué par chacune d'elles. Car alors leurs livres se contrôlent réciproquement. Quand donc, par l'effet de ses nombreuses conquêtes, Rome compta plus de sujets pérégrins que de citoyens, les rapports des uns avec les autres se multipliant tous les jours, la minorité perdit ses habitudes propres et adopta celles de la majorité.

engagé sur stipulation et le cas où il s'est contenté de reconnaître le prêt par écrit.

1° *Soit une stipulation.* — Ici le débiteur a beau n'avoir rien reçu : les paroles prononcées l'obligent, et le droit civil ne permet pas qu'on recherche si la cause qui a déterminé sa promesse s'est réalisée ou non. Mais l'équité, dont le préteur se fait l'organe, veut qu'on mette à son service une exception, et effectivement Gaius (IV, §§ 116 et 119) nous le montre muni de l'exception générale de dol. Ulpien lui donne ou cette même exception, ou une exception spéciale rédigée *in factum* et appelée *non numeratæ pecuniæ* (L. 29 pr., *Mand.*, XVII, 1. — L. 2 § 3; L. 4 § 16, *De dol. mal. et met. except.*, XLIV, 4). Jusque-là rien que de conforme aux principes généraux du droit prétorien. Mais les empereurs du troisième siècle, rompant ici avec la règle qui impose au défendeur l'obligation de prouver toutes ses exceptions, décident que ce sera au demandeur d'établir le fait matériel de la numération (1). Dès lors l'exception *non numeratæ pecuniæ* revêt une physionomie à part : réputée vraie jusqu'à preuve contraire, elle fait peser sur le demandeur une étrange présomption de mensonge, et du même coup elle encourage la mauvaise foi des débiteurs (2).

2° *Soit une simple reconnaissance.* — Dans la précédente hypothèse, nous n'avions qu'une seule dérogation au droit commun, ici nous en trouvons deux. La première consiste à mettre, comme tout à l'heure, la preuve de la numération à la charge du créancier, et rien n'est plus logique; car pourquoi le réputer plus loyal quand il s'est contenté d'un billet que quand il a stipulé ? La seconde consiste à appeler exception *non numeratæ pecuniæ* le moyen de défense tiré du défaut de numération. Cette qualification est tout à fait exacte lorsque l'action a sa cause dans le contrat de stipulation, mais ici elle frappe par son impropriété. En effet, ce n'est pas sur le billet lui-même que le créancier fonde son droit d'agir, c'est sur le *mutuum;* et comme il n'y a pas de *mutuum* sans numération, le défendeur qui prétend n'avoir rien reçu ne fait que contredire la demande. Comment donc

(1) Cette doctrine n'apparaît pas au Digeste. Le plus ancien texte qui la pose nettement est une constitution de Caracalla qui date de l'année 215 (L. 3, C., *De non num. pec.*, IV, 30.

(2) Dans l'hypothèse d'une obligation *litteris* ayant pour cause un prêt dont le débiteur contesterait la réalité, il faudrait, sans aucun doute, appliquer tout ce qui vient d'être dit du cas de stipulation. Si les textes se taisent à cet égard, cela tient à ce que le contrat *litteris* commençait à devenir d'un usage rare à l'époque où l'exception *non numeratæ pecuniæ* reçut une organisation contraire au droit commun.

comprendre qu'un moyen de défense tiré du fond même du droit ait pris le nom d'exception? Cela tient peut-être à ce qu'à l'exemple des exceptions véritables il devait être proposé devant le magistrat et inséré dans la formule, à peine de déchéance. Aucun texte, j'en conviens, ne justifie cette conjecture, mais elle se défend par elle-même. Car si vraiment les espèces n'ont pas été comptées, l'indignation du défendeur blessé dans sa conscience et dans ses intérêts a dû, dès les premières poursuites, lui arracher ce cri : *Je n'ai rien reçu* (1).

En résumé, toutes les fois qu'une demande d'argent s'appuie directement ou indirectement sur un prêt (2), on présume, jusqu'à preuve contraire, que le défendeur n'a pas reçu les espèces, et le moyen de procédure par lequel il oppose cette présomption s'appelle sans distinction *exceptio non numeratæ pecuniæ* (LL. 1, 2, 5, 9, C., *De non num. pec.*, IV, 30) (3). L'anomalie d'une telle législation nous révolte par les habitudes de fraude qu'elle suppose, et il est difficile de l'expliquer autrement que par une pratique très familière aux capitalistes, et consistant à exiger la promesse ou la reconnaissance de l'emprunteur un certain temps avant la réalisation du prêt (4). Cette pratique elle-même se conçoit tout particulièrement chez les banquiers, qui, ouvrant des crédits, c'est-à-dire s'engageant à disposer de certaines sommes selon la volonté et sur l'ordre d'un client, ne savent jamais si, au jour où les deniers sortiront de leur caisse, il leur sera encore possible d'obtenir une promesse ou un billet. Le débiteur sera peut-être malade, absent, captif. C'est en vue de tels accidents qu'ils prennent leurs précautions.

582. L'exception *non numeratæ pecuniæ* n'est à la disposition du

(1) Voici une observation qui donne quelque vraisemblance à ma conjecture. Lorsque le débiteur tenu d'une action de bonne foi peut se défendre par une exception de dol, on dit volontiers qu'il n'a pas besoin d'exception, et cela parce que le silence de la formule sur le moyen tiré du dol n'empêche pas le juge d'en tenir compte. Pourquoi donc, en sens inverse, n'appellerait-on pas exception un moyen de défense tiré du fond, mais qui aurait besoin d'être énoncé dans la formule?

(2) *Ubi quasi credita pecunia petitur*, dit la loi 5, C., *De non num. pec.*

(3) On remarquera du reste que le débiteur peut, s'il le préfère, user de l'exception générale de dol, et qu'il y trouve, en ce qui concerne la preuve, le même avantage (L. 3, C., *De non num. pec.*).

(4) Un texte du Code (L. 10, *De non num. pec.*) a fourni une autre explication, aujourd'hui généralement rejetée, d'après laquelle il serait impossible de prouver une négation. Sans doute on ne prouve pas une proposition négative indéterminée, telle que celle-ci : *Je n'ai jamais emprunté;* mais quand la négation porte sur un ait précis, tel qu'un emprunt consenti par tel personne, à telle date, à tel endroit, pour telle destination, etc., rien ne s'oppose plus à la preuve.

débiteur que dans les cinq ans, et depuis Justinien que dans les deux ans, qui suivent la stipulation ou la rédaction du billet (pr. *sup.*) (1). Passé ce délai, non seulement la présomption de non-numération s'efface, mais elle est remplacée par une présomption inverse qui exclut toute espèce de preuve contraire (L. 8 ; L. 14 pr. et § 3, C., *De non num. pec.*, IV, 30). Le débiteur est donc irrévocablement tenu. Mais alors, dira-t-on, le créancier va s'imposer deux ans d'inaction pour agir ensuite à coup sûr et triompher sans contradiction possible ! Il y aurait là un danger sérieux si dans le même délai le débiteur n'était autorisé à prendre lui-même l'initiative des poursuites ; et, en effet, une *condictio* lui est donnée, par laquelle il met son adversaire en demeure de prouver la réalité du prêt, sinon de lui faire acceptilation de la promesse ou de lui restituer le billet (L. 7, C., *De non num. pec.*). Dès lors, les deux ans écoulés sans qu'il ait ni subi ni intenté aucune poursuite, quoi de plus naturel que de considérer son silence comme un aveu absolument décisif? Mais en supposant que cet aveu soit contraire à la vérité et qu'en fait les espèces n'aient point été comptées, quelle sera la cause juridique de l'obligation? Les Institutes (pr. *sup.*) distinguent : ou une stipulation a été faite, et alors les paroles solennelles recouvrent simplement la force que la présomption légale leur avait d'abord enlevée ; le débiteur est donc tenu *ex stipulatu*. Pour cette hypothèse, la doctrine des Institutes est irréprochable. Ou, au contraire, il n'y a eu qu'un simple billet, et c'est ici que Justinien trouve une sorte de contrat *litteris*, singulier contrat, en vérité, qui se formerait après deux ans seulement et sans accord de volontés ! En vain allègue-t-on que si le débiteur n'eût rien écrit, l'action serait impossible. Cela est vrai ; mais n'est-il pas vrai aussi que cette action trouve sa base dans le *mutuum* dont l'écriture n'est que le témoignage, plutôt que dans l'écriture elle-même? En un mot, il y a un délai pendant lequel la numération ne peut être établie que par des preuves indépendantes de l'écrit, et passé lequel l'écrit suffit au contraire à la prouver d'une manière invincible. L'expiration des deux ans n'agit donc que sur la preuve et non sur la cause du droit. Aussi ne vois-je dans le prétendu contrat *litteris* de Justinien qu'un hommage puéril à l'ancienne classification. La pratique de son temps ne lui offrait que trois sortes de contrats ; mais pour suivre Gaius, il lui en

(1) Il paraît probable que ce délai fut primitivement d'un an et que c'est Dioclétien qui le porta à cinq ans. Cela résulte d'une constitution insérée au code Hermogénien (L. I, tit. I, *De caut. et non num. pec.*).

fallait quatre : l'imagination de Tribonien lui a fourni la quatrième (1).

583. Les règles qui viennent d'être exposées ne passèrent dans la compilation de Justinien qu'avec des modifications profondes. Et d'abord, ce prince consacra une décision par laquelle son prédécesseur Justin avait exclu la présomption de non-numération toutes les fois que de sa propre main, et sur un écrit d'ailleurs revêtu de sa signature, le débiteur aurait constaté comme déjà accompli le fait de la numération (L. 13, C., *De non num. pec.*) (2). Pour détruire la force d'un tel aveu, il fallut désormais autre chose qu'une simple dénégation, il fallut des preuves écrites. L'ancien droit ne demeura donc en vigueur qu'à l'égard des écrits qui se taisaient sur la cause de l'obligation ou qui se référaient expressément à une numération future (3). Dans le même esprit de restriction, Justinien, comme je l'ai déjà dit, réduisit à deux ans le délai pendant lequel la présomption de non-numération pourrait être opposée soit par voie d'exception, soit par voie d'action (pr. *sup.*) (4). Mais en même temps, par une dénonciation faite dans les deux ans, le débiteur put rendre l'exception *non numeratæ pecuniæ* perpétuelle; disposition fort sage, puisqu'elle lui donne pleine sécurité sans le forcer à prendre l'initiative d'une poursuite peut-être inutile eu égard à la bonne foi du créancier (L. 14 § 4, C., *De non num. pec.*).

Deux autres innovations de Justinien pourront paraître moins heureuses, comme conçues dans un esprit tout contraire à celui des deux précédentes. Les voici : 1° tandis qu'anciennement l'exception *non numeratæ pecuniæ* ne s'appliquait pas en dehors des prêts d'argent, Justinien l'étendit à toute espèce de prêts (L. 14 pr., C., *De non num.*

(1) Pour défendre Justinien, on a cité un texte du code Théodosien (L. 2, *De denunt. vel edit. lit.*, II, 4) où il est question d'un *debitum quod in litterarum obligationem facta cautione translatum est.* Mais il n'y a là qu'une façon impropre de désigner une créance constatée par écrit, et il faut d'autant moins s'attacher à ce langage que le texte envisagé dans son objet n'a trait qu'à une simple question de procédure.

(2) Quand il s'agit d'un compte présenté par un banquier, il suffit que le débiteur l'ait approuvé par sa signature pour que l'expression de la cause le lie, de quelque main qu'elle émane (Nov. 136, cap. VI).

(3) La distinction établie par l'empereur Justin se retrouve au Digeste dans un fragment que les compilateurs attribuent à Paul (L. 25 § 4, *De prob.*, XXIII, 3). Mais en prenant le nom de ce jurisconsulte, ils ne lui ont pris ni sa langue ni son style. Ils se trahissent par l'incorrection et l'hellénisme.

(4) Je n'ai pas besoin de faire remarquer que même avant l'expiration des deux ans le débiteur peut encourir déchéance : cela arrive lorsqu'il paye en tout ou en partie, soit le capital, soit les intérêts (L. 4, C., *De non num. pec.*).

pec.); 2° pareillement, le créancier qui n'avait délivré qu'une quittance partielle, ou qui, ayant donné quittance du tout, était resté nanti du titre, fut autorisé à mettre la preuve du payement à la charge du débiteur. Seulement cette faveur exorbitante fut limitée à un délai de trente jours (L. 14 § 3, C., *De non num. pec.*) (1).

DES CONTRATS RÉELS.

584. Les contrats réels se subdivisent en deux catégories profondément distinctes : d'un côté le *mutuum*, de l'autre le commodat, le dépôt et le gage. Dans le premier, la *res* est une tradition translative de propriété; dans les trois autres, elle consiste en une simple remise matérielle. Dans le *mutuum*, celui qui reçoit la tradition contracte une obligation de genre; dans le commodat, le dépôt et le gage, il devient débiteur d'un corps certain. Mais ces différences, quelque graves qu'elles soient, ne justifieraient pas la subdivision que j'établis. Ce qui la justifie, le voici : dans le commodat, le dépôt et le gage, la *res* n'est qu'une condition de la formation du contrat; mais, cette condition remplie, le consentement des parties opère avec même liberté et même puissance que dans les contrats consensuels. Dans le *mutuum*, au contraire, la *res*, quoique également exigée par la nature des choses, a toute la valeur d'une solennité civile : comme les paroles dans la stipulation, comme l'écriture dans le contrat *litteris*, elle limite à ce qu'elle contient la portée et les effets du consentement; autant il y a dans la dation, autant il y aura dans l'obligation. A ce point de vue donc, le *mutuum* romain présente quelque chose du caractère artificiel que j'ai relevé dans les contrats *verbis* et *litteris* (2), tandis que le commodat, le dépôt et le gage se rapprochent sensiblement des contrats consensuels.

(1) Je dois mentionner ici une exception qui ressemble beaucoup à l'exception *non numeratæ pecuniæ*. C'est l'exception *non numeratæ dotis*, grâce à laquelle le mari ou les autres personnes qui ont reconnu dans l'*instrumentum dotale* que la dot leur a été remise sont néanmoins présumés jusqu'à preuve contraire n'avoir rien reçu (L. 1, C., *De dot. caut. et non num.*, V, 15). Des constitutions de Justinien décident que cette exception ne durera qu'un an à partir de la dissolution du mariage, mais qu'elle pourra être rendue perpétuelle par le même moyen que l'exception *non numeratæ pecuniæ* (L. 3, C., *De dot. caut. et non num.* — L. 14 § 4, *in fine*, C., *De non num. pec.*). Postérieurement à la promulgation du code, Justinien limita l'exception *non numeratæ dotis* à trois mois pour le cas où le mariage aurait duré plus de deux ans, et la supprima tout à fait lorsqu'il se serait prolongé au delà de dix ans (Nov. 100, cap. II).

(2) C'est à quoi j'ai déjà fait allusion (t. II, p. 198, note 2). Peut-être trouvons-nous ici un vestige du *nexum*, jadis fort usité à propos des prêts d'argent.

DU *mutuum* OU PRÊT DE CONSOMMATION (1).

SOMMAIRE : I. Définition et notion générale du *mutuum*. — II. De la dation considérée comme condition de la formation du *mutuum*. — III. Des effets du *mutuum*. — IV. Du sénatus-consulte Macédonien. — V. Du *nauticum fœnus*.

I. — DÉFINITION ET NOTION GÉNÉRALE DU *mutuum*.

Lib. III, tit. XIV, *Quibus modis re contrahitur obligatio*, pr. — Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit quæ pondere, numero, mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro : quas res, aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo, in hoc damus ut accipientium fiant, et quandoque nobis non eædem res, sed aliæ ejusdem naturæ et qualitatis reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat. Et ex eo contractu nascitur actio quæ vocatur condictio (Gaius, II, § 90).

L'obligation se contracte *re*, c'est-à-dire par une dation à titre de *mutuum*. Cette dation n'a pour objet que des choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent, comme le vin, l'huile, le froment, la monnaie, le cuivre, l'argent, l'or. Nous donnons ces choses au compte, à la mesure ou au poids, pour qu'elles deviennent la propriété de celui qui les reçoit, ce dernier s'engageant à nous rendre un jour, non pas les mêmes choses, mais des choses de même nature et de même qualité. Et de là le mot *mutuum*, parce que je vous transfère la propriété, ce qui était mien devenant vôtre. De ce contrat naît l'action qu'on appelle *condictio*.

585. Une personne me transfère la propriété d'une certaine quantité de choses que nous comptons, pesons ou mesurons, et, de mon côté, je m'engage à lui transférer la propriété d'une égale quantité de choses du même genre et de même qualité : voilà le *mutuum*, au fond simple variété de l'échange (2), mais variété qui, à première vue,

(1) Il est fort remarquable que le *mutuum* est des quatre contrats réels le seul dont Gaius s'occupât dans ses Commentaires. Mais il réparait cette omission dans ses *res quotidianæ*, ouvrage plus développé et plus complet (L. 1 §§ 3 à 6, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

(2) L'idée d'échange est bien celle qu'éveille tout d'abord le mot *mutuum*, dont le radical est visiblement le même que celui du verbe *mutare*. N'est-ce pas là aussi la pensée de Varron (*De ling. lat.*, V, 179), quand il dit : *Si datum quod reddatur, mutuum, quod siculi* μοῖτον? Il faut sans hésitation rejeter l'étymologie fantaisiste que les Institutes (pr. *sup.*) donnent d'après Gaius (III, § 90) et Paul (L. 2 § 2, *De reb. cred.*).

se distingue par la spécialité même de l'hypothèse, et qui, juridiquement, se caractérise par un nom propre et par des règles à elle. Nous appelons le *tradens* prêteur et l'*accipiens* emprunteur (1) : le premier a pour but de faire valoir son capital ou simplement de rendre un service; le second, de se procurer des valeurs dont il puisse disposer. La précédente définition met en relief la nécessité de quatre conditions pour la formation du *mutuum* :

1° Il faut d'abord une tradition translative de propriété, et de là l'expression *mutui datio* (pr. *sup.*) Cette condition, sur laquelle j'insisterai longuement tout à l'heure, n'est qu'une conséquence logique du but de l'emprunteur : comment pourrait-il disposer, s'il ne devenait pas propriétaire (2)?

2° Cette tradition est faite et reçue dans l'intention réciproque de donner naissance à une obligation (L. 3 § 1, *De obl. et act.*, XLIV, 7). Qu'une telle intention manque de part et d'autre, nous nous trouvons en présence d'une donation. Qu'elle manque chez l'une des parties seulement, soit chez le *tradens*, soit chez l'*accipiens*, alors, sans doute, il n'y a pas donation faute d'accord de volontés; mais, pour la même raison, il n'y a pas non plus *mutuum*, et, en conséquence, une *condictio sine causa* compète au *tradens* pour recouvrer les choses livrées (L. 18 pr., *De reb. cred.*, XII, 1) (3). Cette seconde condition

(1) Le *mutuum* s'appelle très souvent *creditum* (L. 2 § 1, *De reb. cred.* — L. 3 § 3, *De sct. Mac.*, XIV, 6), et la valeur prêtée *credita pecunia* (LL. 15 et 19, *De reb. cred.*), ce que j'explique par cette observation déjà faite que le *mutuum* est le *creditum* par excellence (t. II, p. 200, note 1). La même idée nous rend compte des lacunes de la langue latine en cette matière : elle a bien un mot spécial pour signifier emprunter (*mutuari*, et dans la basse latinité *mutuare*) ; mais elle n'en a pas qui correspondent à nos mots *prêter*, *prêteur*, *emprunteur*, elle n'a que les mots généraux *credere*, *creditor*, *debitor*.

(2) La dation peut être remplacée par une délégation. Ainsi vous me devez dix sous d'or, et il se rencontre que je veux prêter cette somme à Primus; je lui donnerai l'ordre de stipuler de vous ce que vous me devez, et, une fois la stipulation faite, il sera considéré par rapport à moi comme un emprunteur (L. 32, *De reb. cred.*, XII, 1). Car la délégation est l'équivalent d'une dation (L. 18, *De fid.*, XLVI, 1).

(3) Il y a deux observations à placer ici : 1° dans la doctrine spéciale d'Ulpien (t. I, p. 541, note 1), le *tradens* aurait toujours la revendication tant que les choses par lui livrées ne seraient pas consommées; 2° dans le cas particulier où le *tradens* a voulu donner gratuitement et l'*accipiens* emprunter, la consommation faite de bonne foi permet à celui-ci de repousser la *condictio* par une exception de dol fondée sur ce qu'il a agi, malgré son erreur, *secundum voluntatem dantis*. Telle est la décision d'Ulpien dans le texte que je cite, et elle devait être admise à plus forte raison par ceux qui croyaient que l'erreur des parties sur la cause de la tradition ne faisait par obstacle au transport de propriété.

implique que l'*accipiens* est capable de s'obliger; s'il ne l'est pas, la propriété lui est néanmoins acquise, mais au lieu d'être tenu comme emprunteur, c'est-à-dire à raison et jusqu'à concurrence de la dation, il ne peut l'être qu'à raison et dans la limite du profit qu'il aurait réalisé.

3° L'obligation que les parties se proposent de créer n'a pas pour objet les choses données elles-mêmes, car l'emprunteur, qui serait tenu de les conserver, manquerait son but (1), mais bien une quantité égale de choses semblables par leur nature et leur qualité. Ainsi, entre le contenu de la dation et le contenu de l'obligation, il n'y a pas identité matérielle, mais il doit y avoir équivalence exacte. Cette troisième condition explique la quatrième.

4° Il faut que les choses données soient comptées, pesées ou mesurées. Autrement, il serait impossible de savoir quelle est la quantité due.

II. — DE LA DATION CONSIDÉRÉE COMME CONDITION DE LA FORMATION DU *mutuum*.

586. Je me propose d'examiner ici trois questions: 1° quel est l'objet de la *mutui datio?* 2° par qui doit-elle être faite? 3° quelles sont les principales conséquences de la nécessité d'une dation?

Objet de la MUTUI DATIO. — Le *mutuum*, nous dit Gaius (III, § 90), a pour objet spécial des choses *quæ pondere, numero, mensura constant*. S'il n'y avait dans ce langage, qui est aussi celui des Institutes (pr., *Quib. mod. re contr.*), qu'une allusion à la nécessité du pesage, du comptage ou du mesurage, cela permettrait de croire que la *mutui datio* n'exclut aucune espèce de choses; car le plus grand nombre peuvent se compter ou se peser (2), et toutes peuvent être mesurées. Mais telle n'est certainement pas la pensée de Gaius. Il entend, au contraire, exprimer que certaines choses peuvent faire l'objet du *mutuum* et que d'autres ne le peuvent pas. Pour fixer le sens de cette distinction, il faut analyser la formule précitée. Les choses *quæ numero constant* sont celles qui appartiennent à un genre dans lequel tous les individus présentent des propriétés absolument identiques,

(1) Si l'*accipiens* s'obligeait à restituer identiquement les choses reçues, il y aurait, d'après Paul, un dépôt ou un commodat (L. 2 pr., *De reb. cred.*). Cette idée n'est vraie qu'en supposant une tradition faite sans intention de transférer la propriété.

(2) Il n'y a que les gaz et les liquides qui ne puissent se compter; il n'y a que les immeubles qui ne puissent se peser.

et, par conséquent, se valent les uns les autres. Telles sont les monnaies. Les choses *quæ pondere aut mensura constant* sont celles qui, à poids égal ou sous une même mesure, peuvent se prêter aux mêmes usages et rendre les mêmes services. Tels sont l'huile, le vin, le bois. Je dirai donc que le *mutuum* a pour objet exclusif des choses qui, prises en même quantité, présentent invariablement la même utilité. Outre l'argent monnayé, qui est l'objet ordinaire du *mutuum* (1), cette formule comprend tous les produits naturels ou industriels qui se consomment par le premier usage, comme les denrées alimentaires; elle comprend aussi un grand nombre de produits qui résistent plus ou moins longtemps à l'usage, mais qui peuvent se remplacer par d'autres produits absolument similaires, comme les étoffes et les livres. En sens inverse, elle exclut tous les immeubles; car il n'y en a pas deux, malgré l'identité possible de la contenance, de l'aménagement et de la valeur estimative, qui se ressemblent parfaitement. Chacun a toujours sa situation propre, ses avantages et ses défauts spéciaux. Sont pareillement exclus certains meubles, tels que les esclaves, car il n'y en a pas un qui ne s'individualise par des qualités ou des vices personnels, et même certains animaux, je parle de ceux qui, eu égard aux services que l'homme en attend, se distinguent par des différences individuelles sensibles, tels que le cheval et le chien (2). Sans doute il serait difficile, et les Romains eux-mêmes ne l'ont pas fait parce qu'ils y voyaient peu d'intérêt pratique, de déterminer limitativement les objets mobiliers qui peuvent être donnés en *mutuum* et ceux qui ne le peuvent pas. Mais la distinction, pour être d'une application parfois délicate, n'en est pas moins certaine. Ulpien l'indique formellement dans un texte qui fait partie du fragment trouvé à Vienne en 1835 (§ 3); et Paul, encore plus formel, la justifie par ce motif que le prêteur entend recevoir l'équivalent de ce qu'il livre, et qu'il faut que l'emprunteur puisse le lui donner (L. 2 § 1, *De reb. cred.*) (3).

(1) Le prêt d'argent est, en effet, le seul qui soit d'une nécessité absolue, parce que l'argent ne se vend pas. Pour toutes autres choses, on peut remplacer le *mutuum* par une vente suivie de livraison immédiate et donnant un terme pour le payement du prix.

(2) L'animal, quel qu'il soit, quand il est envisagé comme objet de consommation, rentre dans les choses *quæ pondere constant*. Ainsi Pline l'Ancien (IX, 81) rapporte que César emprunta six mille murènes pour les repas qu'il donna à l'occasion de son triomphe. Mais Varron, qui mentionne aussi le même fait (*De Re rust.*, III, 17), dit formellement que ces murènes furent pesées.

(3) Les explications que je viens de donner font ressortir une différence impor-

587. *Par qui doit être faite la* mutui datio. — Si l'on se rappelle qu'en règle générale nul ne peut faire naître une créance au profit d'autrui (n° 522), on verra bien vite que les choses données à titre de *mutuum* doivent passer directement du patrimoine du prêteur dans celui de l'emprunteur, et qu'en conséquence la tradition doit être l'œuvre du prêteur lui-même, ou, ce qui est identique, d'une personne agissant avec son consentement, savoir, son esclave, son fils de famille ou son mandataire (L. 2 § 4, *De reb. cred.*).

A. Par une application rigoureuse de cette règle, le *mutuum*, ainsi que le prouve un texte célèbre d'Africain (L. 34 pr., *Mand.*, XVII, 1), fut longtemps exclu dans certaines hypothèses où nous allons voir qu'une doctrine plus récente finit par l'admettre. Les voici : 1° je vous autorise à toucher une somme qui m'est due et à la garder à titre de prêt. Africain constate que déjà la pratique de son temps acceptait dans cette espèce la formation du *mutuum*. Mais il ne voit là qu'une décision de pure bienveillance, et cela sans doute parce que ce n'est pas celui qui veut devenir créancier qui transfère la propriété des deniers. Ulpien, au contraire, faisant intervenir ici l'idée d'une tradition *brevi manu*, concilie la pratique avec les principes : quand mon débiteur, dit-il, se sera acquitté entre vos mains, vous serez réputé m'avoir restitué la somme pour vous libérer, puis moi vous l'avoir de nouveau comptée à titre de prêt (L. 15, *De reb. cred.*) (1); 2° je vous remets un plat d'argent, un lingot d'or, ou tout autre objet, pour le vendre et user du prix comme d'une somme prêtée. Ici encore ce n'est pas moi qui vous rends propriétaire des deniers, bien que je vous aie procuré la valeur qui vous permet de les acquérir, et c'est pourquoi Africain nie sans hésiter la formation du *mu-*

tante entre la stipulation et le *mutuum*. J'ai dit, en effet, que dans la stipulation toutes choses peuvent être considérées *in genere* et devenir fongibles (n° 510), et cela tient à ce que là l'obligation n'a pas sa cause dans une dation, mais bien dans les *verba* qui expriment la volonté des parties. Dans le *mutuum*, au contraire, la fongibilité dépend de la nature des choses autant que de la volonté des contractants, et cela parce que l'obligation doit être exactement adéquate à la dation.

(1) Si l'on suppose que le débiteur paye avec l'intention de faire acquérir la possession au créancier lui-même, la formation du *mutuum* peut s'expliquer plus simplement grâce à la règle *possessio per extraneum acquiri potest*. En effet, le payement fait entre les mains de l'emprunteur ayant rendu le prêteur possesseur et par voie de conséquence propriétaire, celui-ci n'a plus qu'à se dessaisir de l'*animus domini* pour que la propriété soit acquise à l'emprunteur lui-même. Nous avons là une situation absolument identique à celle d'un déposant et d'un dépositaire qui désirent transformer le dépôt en *mutuum;* or ils le peuvent, le texte d'Africain le reconnaît, par un simple acte de volonté (n° 598).

tuum (1). Mais Ulpien l'admet encore et l'explique de la même manière : le prix que vous avez touché est censé avoir passé de vos mains dans les miennes, puis être retourné de mes mains dans les vôtres (L. 11 pr., *De reb. cred.*) (2) ; 3° vous me devez une somme d'argent comme mandataire, par exemple par suite de recouvrements faits en mon nom, et nous convenons que vous la retiendrez à titre d'emprunteur. Comme ce n'est pas moi qui vous l'ai transmise, n'en ayant jamais eu moi-même la propriété, Africain décide que vous continuez de me la devoir en qualité de mandataire. Ulpien, au contraire, tenant encore pour accomplies deux numérations qui n'ont pas été faites, admet la transformation du mandat en *mutuum* (L. 15, *De reb. cred.*) (3), et sa décision ne doit pas être restreinte à l'hypothèse précise sur laquelle elle intervient : il faut dire qu'à l'aide d'une convention spéciale toute obligation, pourvu que son objet s'y prête (4), peut se convertir en obligation *ex mutuo* (5), doctrine qui, lorsqu'on la rattache à l'idée d'une tradition *brevi manu*, ne heurte pas, comme le croyait Afri-

(1) Néanmoins les risques de la somme une fois touchée tombent, d'après Africain, sur celui auquel il refuse la qualité d'emprunteur, et cela parce que son obligation n'a pas pour objet un corps certain. Quant aux risques de la chose non encore vendue, Africain ne s'explique pas. Mais Ulpien (L. 11 pr., *De reb. cred.*) fait une distinction très raisonnable : si le *tradens* se proposait de vendre sa chose, elle demeure à ses risques ; si, au contraire, il n'a consenti à s'en défaire que dans l'intérêt de l'*accipiens*, les risques sont à la charge de ce dernier.

(2) Comme évidemment le *mutuum* ne peut précéder la numération des espèces, il ne se forme pas si l'*accipiens* a perdu l'intention d'emprunter au moment où il touche le prix, ni à plus forte raison s'il renonce à vendre. Dans ces cas la restitution lui est demandée par l'action *præscriptis verbis*, ce qui revient à dire qu'on fait rentrer ces hypothèses dans la classe des contrats innommés (L. 19 pr., *De præscr. verb.*, XIX, 5).

(3) La doctrine d'Ulpien, quoique meilleure en elle-même, avait un résultat fâcheux : c'est que les intérêts ne pouvaient pas courir en vertu d'une simple convention ; ils le pouvaient, au contraire, d'après la doctrine d'Africain, et cela parce que dans les actions de bonne foi l'office du juge a, en ce qui concerne les intérêts, la même puissance qu'une stipulation (L. 7, *De neg. gest.*, III, 5). Pour que la théorie nouvelle d'Ulpien donnât pleine satisfaction à la volonté des parties, il fallait donc attendre que la règle *ex pacto actio non nascitur* eût disparu.

(4) On m'objecterait en vain qu'Ulpien parle spécialement de *credita pecunia*. Je réponds que le mot *pecunia* est pris ici dans la signification large que j'ai déjà signalée (t. I, p. 471, note 2). Au surplus, par la façon même dont Ulpien motive sa doctrine, il la fait rentrer dans le droit commun ; il faudrait donc, pour repousser la généralisation que je propose, établir que la tradition *brevi manu* n'a été admise qu'à l'égard de l'argent monnayé. Pour les mêmes motifs, la doctrine reçue dans la première de nos trois hypothèses me paraît devoir être étendue à toutes les choses qui peuvent faire l'objet du *mutuum*.

(5) Cela nous explique la décision suivante : au lieu de l'argent que vous désirez m'emprunter, je vous donne certains objets que nous estimons. Vous serez réputé

cain, la règle générale d'après laquelle les pactes sont impuissants à faire naître une action (1).

Les précédentes décisions ne dérogent pas au principe qui veut que la tradition émane du prêteur : elles ne font que l'élargir. Mais à la longue, le principe lui-même fut mis de côté, au moins en ce qui concerne le prêt d'argent. On autorisa d'abord le prêteur à faire faire la dation par un tiers qui livrerait ses propres deniers (L. 2 § 4, *De reb. cred.*). Puis on admit que, même sans notre ordre et à notre insu, nous devenons créanciers par toute numération faite en notre nom, soit que les deniers fussent la propriété du *tradens* ou la nôtre (L. 9 § 8, *De reb. cred.* — N° 522). La portée de ces innovations est facile à saisir : elles dérobent le prêteur d'argent à la règle générale qui proscrit la représentation dans les actes juridiques.

588. *Des conséquences qui découlent de la nécessité d'une dation.* — Je n'insisterai que sur les trois plus importantes :

1° Lorsque le *tradens* n'est pas propriétaire ou autorisé du propriétaire, le *mutuum* est nul, j'entends qu'aucune action contractuelle ne prend naissance. Mais cela ne signifie pas que la tradition ne puisse, soit par elle-même, soit avec le concours de faits postérieurs, produire certains effets. A cet égard, les textes contiennent les distinctions suivantes : 1° tant que les deniers se retrouvent en nature dans les mains de l'*accipiens*, le droit commun le soumet à la revendication du propriétaire ; 2° que s'il les consomme, et que ce soit de mauvaise foi, il est tenu, toujours d'après le droit commun et envers le propriétaire, de l'action *ad exhibendum* (2) ; 3° enfin, s'il les consomme de bonne foi, cette consommation l'affranchit par rapport au pro-

emprunteur de la valeur estimative. Au fond il y a là une véritable vente ; mais l'obligation de l'acheteur est immédiatement convertie en une obligation *ex mutuo* (L. 8, C., *Si cert. pet.*, IV, 2).

(1) A ces trois hypothèses j'en puis joindre une quatrième sur laquelle les Romains éprouvèrent des scrupules encore plus étranges. Je vous fais donation d'une somme d'argent sous la condition que vous me la prêterez, et vous me la prêtez effectivement. Dans la doctrine définitive, on n'hésite pas à reconnaître la validité de la donation et du *mutuum*, car il y a eu deux aliénations successives (L. 33 § 1, *De donat.*, XXXIX, 5). Anciennement on niait la donation sous prétexte que le donateur, devant reprendre la somme, n'en transférait pas la propriété ; et par voie de conséquence on était obligé de nier aussi le *mutuum*, car le donataire, n'ayant rien acquis, ne transférait rien non plus et ne pouvait devenir prêteur (L. 20, *De reb. cred.*).

(2) La revendication elle-même reste possible en cette hypothèse ; mais l'action *ad exhibendum* est beaucoup plus avantageuse comme n'exigeant pas la preuve du droit de propriété (nos 825 et 826).

priétaire, mais le lie envers le *tradens*, qui est désormais investi d'une *condictio* (L. 11 § 2, *De reb. cred.*) (1). Cette action ne dérive pas, quoi qu'en aient dit nombre d'interprètes, d'une prétendue *reconciliatio mutui*, c'est-à-dire d'un *mutuum* qui se formerait après coup. Ce qui le prouve péremptoirement, c'est qu'on ne distingue pas si le *tradens* est capable ou incapable de contracter au jour de la consommation : fût-il fou, il acquerrait néanmoins la *condictio* (L. 12, *De reb. cred.* — L. 24 pr. et § 2, *De obl. et act.*, XLIV, 7. — L. 8, C., *Dep.*, IV, 34) (2). Le principe de son droit réside donc, comme le dit très bien Julien (L. 19 § 1, *De reb. cred.*), dans l'enrichissement que l'*accipiens* a retiré ou a dû retirer de la consommation, et cette *condictio* n'est qu'une *condictio sine causa*. D'où je conclus à la nullité des conventions accessoires qui ont pu accompagner la tradition, et par exemple de celle qui aurait accordé un terme à l'emprunteur ou déterminé le lieu du remboursement (3).

2° Le *mutuum* est également nul lorsque le *tradens*, quoique propriétaire, est incapable d'aliéner (L. 3 § 2, *De sct. Mac.*, XIV, 6). Quant aux conséquences médiates ou immédiates de la tradition, je les ai déjà expliquées à propos des prêts faits par le pupille (n° 292); et il est facile de voir qu'entre notre hypothèse et la précédente il n'y a que deux différences : 1° comme ici le *tradens* est propriétaire, c'est à lui nécessairement que compètent la revendication et l'action *ad exhibendum*; 2° à la place de cette dernière action, il

(1) Il n'y a pas à rechercher si le *tradens* a été de bonne ou de mauvaise foi; fût-il un voleur, c'est toujours en sa personne que la *condictio* prend naissance, parce que c'est lui qui a procuré à l'*accipiens* les avantages de la consommation (L. 13 pr. et § 1, *De reb. cred.*). Du reste, le propriétaire peut exiger la cession de cette action; sinon, le *tradens* s'enrichirait à ses dépens (L. 2, C., *Si cert. pet.*, IV, 2).

(2) Un texte de Marcien (L. 34, *De reb. dub.*, XXXIV, 5) confirme tout à fait mon point de vue. Supposons, en effet, que des deniers héréditaires légués *per vindicationem* soient prêtés par l'héritier alors que le legs n'est encore ni accepté ni répudié. On sait déjà que la validité de l'aliénation et par conséquent du prêt reste provisoirement *in pendenti* (n° 379). Mais évidemment, dans la théorie de la *reconciliatio mutui*, il faudrait dire que, les deniers venant à être consommés, le contrat se forme par cela même, quelque parti que le légataire prenne ensuite. Or Marcien décide le contraire : le *mutuum*, dit-il, reste *in pendenti*.

(3) Néanmoins, le fidéjusseur qui se serait engagé pour l'emprunteur commence à être tenu à partir de la consommation (L. 56 § 2, *De fid.*, XLVI, 1). Mais cela s'explique facilement par deux idées, savoir, que le fidéjusseur peut accéder à une obligation future, et que dans l'espèce il a entendu garantir toutes les conséquences possibles de la numération. Faut-il donner la même décision en ce qui concerne l'hypothèque fournie au moment de la tradition? Je ne trouve pas de réponse dans les textes, et j'hésiterais.

peut, même en cas de consommation de mauvaise foi, exercer la *condictio*. Mais comme il y perd au lieu d'y gagner, il n'usera de cette voie qu'autant que la preuve de la mauvaise foi lui paraîtra difficile (1).

3° Le prêteur qui poursuit son remboursement doit établir qu'il a transféré la propriété. De là un usage très répandu à Rome et auquel j'ai déjà fait allusion (n° 581), l'usage de stipuler les sommes prêtées. Quel est l'effet d'une telle stipulation? Ce serait méconnaître le but des parties que de la considérer comme destinée soit à former un second contrat qui dût coexister avec le *mutuum*, soit à nover une première obligation déjà née du prêt. Donc les jurisconsultes décident que dans l'espèce la numération n'est pas faite pour engendrer directement une obligation, mais bien pour servir de cause à la stipulation; en d'autres termes, au lieu de deux contrats qui coexistent ou se succèdent, nous n'en avons dès le début qu'un seul qui est un contrat *verbis*. Par là, du moins dans le dernier état du droit, nous ne déchargeons pas le créancier de la preuve de la numération, car l'exception *non numeratæ pecuniæ* la lui imposera, mais nous le dispensons de justifier que cette numération ait été translative de propriété (L. 56 § 2, *De fid.*, XLVI, 1). Au surplus, dans l'application de cette doctrine les Romains ne distinguent pas si la numération et la stipulation ont été faites ensemble ou à un certain intervalle. Mais dans ce dernier cas il est essentiel que dès le début les parties aient envisagé les deux opérations comme devant se compléter l'une l'autre et se fondre en un seul tout (L. 6 § 1; L. 7, *De nov.*, XLVI, 2) (2).

III. — DES EFFETS DU *mutuum*.

589. Arrêtons-nous d'abord à considérer en elle-même l'obligation de l'emprunteur. Nous savons déjà qu'il ne doit pas des corps certains, d'où cette conséquence, relevée par les Institutes (§ 2, *Quib. mod. re contr.*), que la perte fortuite des choses reçues ne le libère pas.

(1) Lorsque l'une des parties se propose de prêter ou d'emprunter, et que l'autre croit faire ou recevoir un dépôt ou un commodat, il n'y a évidemment ni propriété transférée ni contrat formé. Mais le *tradens* est investi, selon les mêmes distinctions, des actions qui lui appartiendraient s'il eût été incapable (L. 18 § 1, *De reb. cred.*).

(2) Tout ce que je viens de dire suppose la stipulation valable. Que si elle est nulle, soit qu'elle engendre ou non une obligation naturelle, la numération régulièrement faite conserve toute sa force et il y a *mutuum*. Décider autrement, ce serait frustrer le prêteur, qui à coup sûr n'a voulu ni se dépouiller gratuitement, ni échanger son argent contre une simple créance naturelle (L. 9 §§ 4 à 7, *De reb. cred.* — L. 126 § 2, *De verb. obl.* — L. 3, C., *De contr. et comm. stip.*, VIII, 38).

Nous savons aussi que l'objet de son obligation est absolument adéquat à celui de la dation par laquelle elle se forme. L'analyse de cette proposition nous conduit aux trois règles suivantes :

1° Le genre des choses dues se détermine par le genre des choses données. Si l'emprunteur a reçu de l'argent, il rendra de l'argent; s'il a reçu du blé, il rendra du blé. Non sans doute qu'une translation de propriété ne puisse être faite sous la condition que l'acquéreur restituera des choses d'un autre genre; mais alors l'opération constitue une vente ou un échange : une vente, si c'est de l'argent monnayé qui fait l'objet ou de la dation ou de l'obligation ; un échange, dans le cas contraire.

2° La qualité des choses dues se détermine par la qualité des choses données. Mais ne peut-il pas être convenu que la restitution aura pour objet des choses d'une qualité inférieure ou supérieure? Je distingue : quant à la convention qui permet à l'emprunteur de se libérer en donnant des choses moins bonnes, peut-être ne diminue-t-elle pas de plein droit son obligation, mais tout au moins peut-il la faire valoir par l'exception *pacti conventi*. A l'inverse, je ne vois pas comment on sanctionnerait la convention qui l'oblige à rendre des choses meilleures; car ce serait consacrer une obligation dont l'objet n'est pas tout entier contenu dans la *res*, qui par conséquent dériverait en partie du simple consentement.

3° La quantité due se détermine par la quantité reçue (1). Si donc les choses données ont été comptées, l'emprunteur restituera en même nombre des choses semblables; si elles ont été pesées ou mesurées, il rendra même poids ou même mesure (2). Mais ici encore on se demande si l'application de la règle ne peut pas être écartée par une convention spéciale. Je distinguerai comme tout à l'heure, et cette fois la distinction ne résulte pas seulement des principes généraux, elle est écrite dans des textes formels. Donc a-t-il été convenu que l'emprunteur rendrait une quantité moindre, par exemple neuf sous d'or

(1) Je n'ai pas besoin de faire remarquer que quantité n'est pas synonyme de valeur, et qu'en conséquence chaque partie court une chance de gain comme une chance de perte. Si les choses prêtées valent plus au jour de la restitution qu'au jour du contrat, c'est le prêteur qui gagne ; si elles valent moins, c'est l'emprunteur.

(2) Une difficulté se présente relativement aux monnaies : on se demande si la restitution doit se régler d'après le nombre des pièces reçues ou d'après leur poids. Par exemple j'ai emprunté vingt sous d'or. Puis une loi survient qui augmente ou diminue la quantité d'or contenue dans ce genre de pièces. Dois-je rendre vingt sous d'or en monnaie nouvelle, ou bien un nombre de pièces donnant entre elles toutes le même poids d'or que vingt sous d'or anciens? La seconde solution serait

au lieu de dix qui lui ont été comptés : on décompose l'opération, on dit qu'il a reçu neuf sous d'or à titre de *mutuum* et un à titre de donation. On consacre ainsi, très régulièrement et de plein droit, la volonté des parties. Au contraire, a-t-il été convenu que l'emprunteur rendrait une quantité plus forte, ou, ce qui revient au même, payerait des intérêts : une telle convention tend à créer une obligation dont l'objet n'est pas contenu dans la dation; aussi est-elle frappée d'impuissance par la règle *ex pacto actio non nascitur* (L. 11 § 1, *De reb. cred.* — Paul, II, 14 § 1).

Il résulte de notre troisième règle que le *mutuum* est un contrat essentiellement gratuit. Mais qu'on ne s'y méprenne pas : cela ne signifie point que la loi proscrive ici l'obligation de payer des intérêts. Dans l'usage, en effet, le prêteur, surtout le prêteur d'argent, s'inspire moins souvent d'un pur sentiment de bienfaisance que d'une vue d'intérêt personnel. Le service qu'il rend a pour conditions nécessaires la privation temporaire de son capital et le risque de le perdre. L'équité exige donc qu'il puisse s'assurer un dédommagement. Si la loi romaine eût méconnu cette vérité, le *mutuum* fût devenu bien rare; la plainte des emprunteurs obérés n'aurait pas si souvent retenti sur le Forum, et la république eût été malade par le défaut de crédit, non par l'excès des dettes. La gratuité du *mutuum* n'a donc d'autre signification que celle-ci : les intérêts du capital prêté ne courent ni en l'absence de convention, ni même en vertu d'une simple convention; ils ne peuvent être dus qu'en vertu d'un contrat spécial, et ce contrat est nécessairement une stipulation (L. 24, *De præscr. verb.*, XIX, 5. — L. 3, C., *De usur.*, IV, 32). Cette règle rigoureuse, très gênante lorsque le prêt se faisait entre absents ou par l'intermédiaire d'un tiers, subsista de tout temps quant à l'argent monnayé. Mais à l'égard des denrées je doute qu'elle ait jamais été admise (1) ; sûrement elle ne l'était pas au IIIe siècle de notre ère, de sorte que celui qui emprunte

plus satisfaisante au point de vue économique, s'il est vrai que la valeur des monnaies dépend de leur poids et de leur titre bien plus que de la volonté du législateur. Mais la première paraît plus conforme aux idées des Romains, l'argent n'ayant à leurs yeux qu'une valeur conventionnelle; et il ne faudrait pas la repousser en se fondant sur une constitution qui paraît contraire (L. 2, C., *De vet. num. pot.*, XI, 10). Ce texte se réfère à un tout autre ordre d'idées.

(1) Ce doute paraîtra naturel, si l'on admet avec moi que l'ancien usage du *nexum* ne s'appliquait point aux prêts de denrées. Cela put faire qu'à aucune époque la *res* n'acquit ici la portée excessive qu'on lui attribua dans le *mutuum* d'argent (t. II, p. 405, note 2).

dix mesures de blé s'oblige valablement par une simple convention à en rendre onze, tandis que l'emprunteur de dix sous d'or n'en doit un onzième qu'autant qu'il l'a promis sur stipulation. Les Romains expliquent cette différence par une idée tout à fait fausse, savoir, que la valeur des monnaies serait absolument fixe, au lieu que celle des denrées se prête à des variations nombreuses : en d'autres termes, qui rend onze sous d'or au lieu de dix rendrait nécessairement plus qu'il n'a reçu; qui rend onze mesures de blé au lieu de dix ne rend pas toujours plus, attendu que le cours du blé peut avoir baissé (LL. 12 et 23, C., *De usur.*, IV, 32) (1). Au surplus, même à l'égard des prêts d'argent, certaines exceptions furent apportées à la règle. Dès l'époque classique, un pacte suffisait pour faire courir les intérêts soit dans le *nauticum fœnus* (n° 592), soit dans les prêts faits par les cités (L. 30, *De usur.*, XXII, 1); et Justinien les fit courir de plein droit au profit des banquiers (nov. 136, cap. 4).

590. Les explications qui précèdent nous montrent que la *mutui datio* a une double signification. D'une part elle exprime la volonté des parties, et c'est pourquoi il n'y a pas besoin d'une convention spéciale pour déterminer la nature, la qualité et la quantité des choses qui entrent dans l'obligation de l'emprunteur (L. 3, *De reb. cred.*). D'autre part, elle limite les effets de cette volonté, et de là l'impuissance des contractants à mettre dans l'obligation quelque chose de plus que dans la dation (L. 17 pr., *De pact.*, II, 14. — L. 9, C., *De non num. pec.*, IV, 30). C'est sous cette réserve qu'il faut entendre ce que dit Ulpien (L. 7, *De reb. cred.*), que les numérations d'argent comportent tous les pactes qui peuvent être valablement enchâssés dans la formule

(1) Cette distinction entre le prêt d'argent et le prêt de denrées mérite une double critique : 1° elle méconnaît une idée vraie, que pourtant certains jurisconsultes avaient entrevue (L. 3, *De eo quod cert. loc.*, XIII, 4); c'est que l'argent est une marchandise dont le cours varie tout aussi bien que celui des denrées. Quand je paye le blé plus cher, est-ce la valeur du blé qui a augmenté ou celle de l'argent qui a diminué ? A cette question il est impossible de répondre d'une manière absolue, tout dépend des circonstances; 2° s'il est vrai que je puis, tout en rendant plus de blé que je n'en ai reçu, rendre néanmoins une valeur égale ou inférieure, cela n'est vrai que lorsque la valeur du blé a baissé par rapport à celle de l'argent. Si elle a augmenté ou si elle est restée la même, il est évident que je rends une valeur plus forte, et alors le principe qui exige l'égalité entre l'obligation et la dation est nettement méconnu. En bonne logique, il eût donc fallu ou traiter les denrées comme l'argent, ou, ce qui aurait été plus raisonnable, étendre à l'argent ce qu'on disait des denrées et admettre que dans le *mutuum*, comme dans les autres contrats réels, la *res* ne serait que la condition et non la cause de l'obligation.

d'une stipulation (1). Cela est vrai de ceux qui contiennent une condition (2), un terme (3), l'indication d'un lieu pour le payement, une *facultas solutionis*, un engagement corréal ou solidaire. Mais cela est aussi faux de ceux qui tendraient à rendre l'obligation alternative que de ceux qui voudraient lui donner pour objet une quantité supérieure à la quantité reçue.

Cette influence restrictive que la *res* exerce sur les effets du consentement nous conduit à trois propositions dont l'énoncé complètera la théorie générale *du mutuum :* 1° ce contrat est tout aussi rigoureusement unilatéral que la stipulation. De même que le stipulant ne s'oblige à rien parce qu'il ne promet rien, de même le prêteur ne s'oblige à rien parce qu'il ne reçoit rien. Si donc l'emprunteur éprouve quelque préjudice par suite de la mauvaise qualité des choses prêtées, il lui est impossible de se faire indemniser par une action contractuelle. Pour unique ressource il a l'action *de dolo*, et peut-être, en l'absence de dol, une action *in factum;* 2° l'obligation de l'emprunteur est de droit strict comme toutes celles qui naissent d'un contrat dont les effets sont limités par un élément autre que la volonté des parties. Elle est donc sanctionnée par une *condictio* (Inst., pr., *Quib. mod. re contr.*); 3° cette obligation est nécessairement *certa*. Cela résulte de la combinaison de ces deux idées, que toute dation a pour objet un *certum* et qu'ici l'obligation est égale à la dation (n° 514). La *condictio* née du *mutuum* est donc toujours une *condictio certi* (L. 6, *De reb. cred.*) (4).

IV. — DU SÉNATUS-CONSULTE MACÉDONIEN.

Lib. IV, tit. VII, *Quod cum eo qui in aliena potestate est negotium*

A l'égard de ces personnes il y a une règle particulière : le sénatus-

(1) On fera la même observation sur les lois 29 et 48, *De pactis* (II, 14).

(2) Le *mutuum* est nécessairement conditionnel lorsque tel est le caractère de la dation (L. 8, *De reb. cred.*). Mais il peut l'être aussi, sans que la dation elle-même cesse d'être pure et simple.

(3) Le *mutuum* sans l'adjonction d'un terme au moins tacite est chose à peu près inconcevable. Car pourquoi m'obliger à restituer immédiatement si je n'en ai pas les moyens, et si je les ai, pourquoi emprunter? Les rédacteurs des Institutes ont aperçu cette idée, et ils ont un mot (*quandoque*) pour l'exprimer en passant (pr., *Quib. mod. re contr.*, III, 14.)

(4) Cette *condictio*, comme en général les *condictiones certi*, n'a pas de nom particulier. Cependant on la trouve appelée *actio mutui* (L. 6, C., *Quib. non obj. long. temp. præscr.*, VII, 3) et *actio creditæ pecuniæ* (L. 5 § 1, *Quib. mod. pign. vel hyp. solv.*, XX, 6).

gestum esse dicetur, § 7. — Illud proprie servatur in eorum persona, quod senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis qui in parentis sunt potestate, et ei qui crediderit denegatur actio tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem neptemve, sive adhuc in potestate sunt, sive morte parentis vel emancipatione suæ potestatis esse cœperint, quam adversus patrem avumve, sive eos habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit. Quæ ideo senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum insidiabantur.

consulte Macédonien défend de prêter de l'argent à ceux qui sont sous la puissance paternelle, et l'action est refusée au prêteur, non seulement contre le fils lui-même et la fille, ou contre le petit-fils ou la petite-fille, soit que la puissance paternelle subsiste encore ou qu'elle ait été dissoute par la mort du père ou l'émancipation, mais aussi contre le père ou l'aïeul, et cela sans distinguer s'ils ont encore leur descendant en puissance ou s'ils l'ont émancipé. Le motif de cette décision du sénat est que souvent des fils de famille, obérés par des emprunts qu'ils épuisaient en débauches, tendaient des embûches à la vie de leur parents.

591. Le sénatus-consulte Macédonien, rendu sous le règne et sur l'initiative de Vespasien (Suétone, *Vesp.*, 11), décida d'une manière générale que les prêts d'argent faits à des fils de famille ne donneraient aucune action (§ 7 *sup.*). Déjà une loi proposée par Claude avait annulé ces prêts pour le cas spécial où l'exigibilité serait placée à la mort du père (Tacite, *Ann.*, XI, 13) (1). Bien visiblement, Claude voulait empêcher qu'un fils de famille dissipé ne commençât par faire espérer la mort de son père pour obtenir du crédit, puis ne la précipitât pour s'affranchir des obsessions d'un créancier sans scrupule. Une telle disposition était-elle vraiment nécessaire afin de prévenir les parricides? Je

(1) Dans une opinion assez généralement admise, ce passage de Tacite viserait le sénatus-consulte Macédonien lui-même, et alors il serait contredit par Suétone. Pour mettre les deux historiens d'accord, on a fait deux conjectures. L'une et l'autre rapportent le sénatus-consulte au règne de Claude; mais dans l'une on veut que, tombé en désuétude sous Néron, il ait eu besoin d'être renouvelé sous Vespasien; dans l'autre on prétend, sur la foi d'un texte très vague (Suétone, *Vesp.*, 8), que Vespasien aurait été consul sous Claude, et que c'est en cette qualité qu'il aurait présenté le sénatus-consulte. L'opinion que j'adopte, outre qu'elle est plus naturelle en elle-même, a l'avantage de ne rien ajouter aux textes et de tenir compte de tout ce qu'ils contiennent. Tacite dit, en effet, que la loi de Claude annula les prêts faits *in mortem parentum*, et Suétone que le sénat refusa absolument le droit de poursuite aux prêteurs, c'est-à-dire, comme il l'explique, *ne post patrum quidem mortem*.

n'ose le croire ; mais si elle l'était, il faut reconnaître qu'elle ne suffisait pas. Car, quel que fût le terme fixé pour le remboursement, comment compter que le fils de famille, qui n'avait rien et ne pouvait rien avoir, se libérât du vivant de son père? Si on ne supprimait pas la loi de Claude, il fallait donc la compléter; et de là le sénatus-consulte Macédonien, provoqué, paraît-il, par les encouragements scandaleux qu'un usurier nommé Macédo donnait à l'inconduite de certains fils de famille (L. 1 pr., *De sct. Maced.*, XIV, 6) (1). La décision du sénat consacrait une double dérogation au droit commun : en effet, c'est un principe du droit civil que le fils de famille qui contracte s'oblige comme s'il était *sui juris*, et le droit prétorien veut qu'il oblige aussi son père jusqu'à concurrence de son pécule. Or, ici, ni le fils ni le père ne seront tenus (§ 7 *sup.*).

Voyons quelle est l'étendue de la prohibition établie par le sénatus-consulte, quelles exceptions elle comporte, et comment on la sanctionne.

Étendue de la prohibition. — Elle se détermine par les règles suivantes : 1° le prêt d'argent seul est prohibé, comme étant la forme d'obligation la plus familière à ceux dont le crédit ne repose que sur des espérances. Le fils de famille ne devient donc pas, en principe, incapable d'emprunter (L. 7 § 3, *De sct. Mac.*) (2), et à plus forte raison continue-t-il de s'obliger valablement par tout contrat autre que le *mutuum* (L. 3 § 3, *De sct. Mac.*); 2° la prohibition atteint toute obligation littérale ou verbale qui a sa cause dans une numération d'espèces. Vainement, en effet, objecterait-on qu'en de telles hypothèses le *mutuum* s'absorbe et disparaît dans un autre contrat (nos 579 et 588) ; la vérité est néanmoins qu'il forme la base et comme la substance de l'opération entière, et qu'elle ne s'explique que par lui (L. 3 § 4; LL. 4 à 6, *De sct. Mac.*) ; 3° la prohibition s'étend à tout acte qui dissimule un prêt d'argent, comme si je consens au fils de famille une vente qui n'a d'autre but que de lui permettre de revendre, ou

(1) D'après Théophile (sur le § 8 *sup.*) Macédo ne serait point un usurier, mais un fils de famille que ses dettes auraient poussé au parricide. Cette affirmation est-elle bien d'accord avec la teneur du sénatus-consulte rapporté dans le texte que je cite? Quoi qu'il en soit, il y a ici une singularité ; car d'ordinaire les sénatus-consultes, comme les lois, sont désignés par le nom de celui qui les a proposés.

(2) Le texte cité prouve qu'il y avait eu quelque discussion sur ce point. En effet, le sénatus-consulte employait l'expression *mutua pecunia*, et on pouvait se demander si *pecunia* n'affectait pas ici la signification large qu'on lui donne souvent (t. I, p. 471, note 2).

si je le fais intervenir en qualité de simple fidéjusseur, la somme étant comptée à un tiers qui doit la lui remettre (L. 3 § 3; L. 7 pr., *eod.*); 4° il n'y a pas à rechercher si le prêteur spécule ou ne spécule pas. Le prêt est donc prohibé alors même qu'aucune stipulation d'intérêts ne l'accompagne (L. 7 § 9, *eod.*); 5° enfin, sous le nom de fils de famille on comprend les descendants de tous degrés qui se trouvent placés sous la puissance immédiate ou non immédiate d'un ascendant (§ 7 *sup.* — L. 14, *eod.*).

A. *Exceptions à la prohibition.* — Il y a des cas où le fils de famille emprunteur s'oblige lui-même sans obliger son père; cela arrive quand il est propriétaire d'un pécule *castrense* ou *quasi castrense* (L. 1 § 3, *De sct. Mac.*), ou qu'il a trompé le prêteur en s'attribuant frauduleusement la qualité de père de famille (L. 1, C., *Ad sct. Mac.*, IV, 28). Il y a d'autres cas, plus nombreux, où le fils et le père sont l'un et l'autre obligés. Voici les principaux : 1° le père a autorisé le prêt ou même l'a ratifié après coup. Il est alors tenu *in solidum* (L. 7 §§ 11 et 15; L. 12, *eod.* — LL. 4 et 7 pr., C., *Ad. sct. Mac.*); 2° il a profité du prêt : cela même l'oblige jusqu'à concurrence du profit (L. 7 § 12, *eod.*) (1); 3° le fils de famille passait généralement pour être *sui juris* (L. 3 pr., *De sct. Mac.* — L. 1, C., *eod.*); 4° il a employé l'argent à se libérer d'une action à laquelle aucune exception ne pouvait le soustraire (L. 7 § 14, *eod.*); 5° le prêteur était mineur de vingt-cinq ans (L. 3 § 2, *eod.* — L. 9 pr., *De jur. et fact. ign.*, XXII, 6) (2). Dans ces trois derniers cas, le père n'est tenu que jusqu'à concurrence du pécule (3).

Sanction de la prohibition. — Le sénatus-consulte refusant expressément toute action au créancier, on pourrait être tenté d'en conclure que le prêt est nul *ipso jure*. Mais les commentaires des jurisconsultes ne permettent pas qu'on s'arrête à cette idée, et il est certain que la nullité ne peut être proposée que par voie d'exception (4). Trois sortes de personnes, sans compter leurs héritiers, sont ainsi

(1) Ceci nous explique plusieurs décisions qu'il ne faudrait pas considérer comme contenant des exceptions distinctes (L. 7 §§ 2 et 13; L. 17, *De sct. Mac.*). On remarquera, au surplus, que le père n'est pas réputé avoir profité par cela seul que le pécule s'est enrichi (L. 9 § 2, *eod. loc.*).

(2) Ici le prêt n'est validé que *cognita causa*.

(3) Justinien décida d'une manière générale que le fils de famille militaire pourrait emprunter de l'argent (L. 7 § 1, C., *Ad. s. c. t. Mac.*).

(4) Il faut appliquer à cette exception une observation précédemment faite à propos de l'*exceptio Velleiani* (t. II, p. 390, note 3). On remarquera au surplus, que

protégées, et, de quelque façon que la puissance paternelle vienne à se dissoudre, cette protection continue de les couvrir. Ce sont : 1° le père de l'emprunteur ; 2° l'emprunteur lui-même ; 3° les fidéjusseurs ou autres personnes qui ont garanti l'obligation, à moins qu'elles n'aient agi *animo donandi*, c'est-à-dire sans aucune vue de recours (§ 7 *sup.* — L. 7 § 10 ; L. 9 § 3, *De sct. Mac.* — L. 2, *Quæ res pign.*, XX, 3). Mais parce que ces diverses personnes échappent toutes aux poursuites du créancier, n'allons pas croire qu'on ne fasse aucune différence entre elles. Il ne faut pas oublier que le sénatus-consulte est tout entier conçu dans l'intérêt du père de famille, et que si l'exception est accordée au fils lui-même et à ses coobligés, ce n'est que par voie de conséquence, en haine du créancier et non pas pour les favoriser personnellement. Aussi les répute-t-on tenus d'une obligation naturelle, tandis qu'il n'y en a aucune à la charge du père (L. 10, *De sct. Mac.*). Mais cette obligation naturelle elle-même n'est pas douée d'une égale énergie à l'égard du fils et de ses coobligés. Quant à ceux-ci, elle peut produire des effets immédiats et par exemple valider un payement (L. 9 § 4, *De sct. Mac.*) (1). Quant au fils de famille, au contraire, on verra plus tard qu'elle reste à peu près stérile jusqu'à la dissolution de la puissance paternelle (n° 728).

V. — DU *nauticum fœnus.*

592. *a.* Le *nauticum fœnus*, appelé aussi *trajectitia pecunia* (2), en français prêt à la grosse, suppose deux conditions : 1° l'emprunteur se propose de transporter outre-mer soit l'argent prêté, soit des marchandises achetées avec cet argent ; 2° la convention l'affranchit de toute restitution si le navire ou la cargaison viennent à périr par cas fortuit, ou, comme on dit aujourd'hui, par fortune de mer (L. 1, *De naut. fœn.*, XXII, 2).

Les règles générales du *mutuum* reçoivent ici trois dérogations fort

dans les cas où le sénatus-consulte n'annule pas le prêt, l'exception peut néanmoins être opposée, et en conséquence a besoin d'être paralysée par une *replicatio doli* (L. 4 § 14, *De dol. mal. et met. exc.*, XLIV, 4).

(1) On s'est demandé si le fidéjusseur qui paye peut exercer un recours contre le fils de famille. Les principes généraux veulent qu'on ne le lui accorde qu'autant qu'il a été de bonne foi depuis le jour de son engagement jusqu'au jour du payement ; car s'il connaissait l'exception, il ne devait pas payer (L. 29 pr., *Mand.*, XVII, 1).

(2) *Trajectitia pecunia* signifie proprement argent qu'on transporte, et *nauticum fœnus*, intérêt maritime.

remarquables : 1° comme cela résulte de la définition même, les risques sont à la charge du prêteur, non pas, il est vrai, pendant toute la durée du prêt, mais seulement du jour où la traversée commence jusqu'au jour où elle s'achève (L. 3, *De naut. fœn.* — L. 4, C., *De naut. fœn.*, IV, 33). Il peut même en être déchargé avant l'arrivée du navire, si aux termes de la convention le trajet doit s'effectuer dans un certain délai et que le délai s'épuise le navire étant encore en mer (L. 6, *De naut. fœn.*). Au surplus, je me place exclusivement dans l'hypothèse d'une perte non imputable à la faute ou au fait de l'emprunteur. Si, par exemple, il emploie les fonds prêtés à acheter des marchandises prohibées et qu'elles lui soient confisquées, ou si le navire a suivi une voie autre que celle qui lui était imposée, c'est lui seul qui supporte la perte (L. 3, C., *De naut. fœn.*); 2° les intérêts peuvent être aussi considérables que les parties le veulent, et cela parce que dans l'espèce on les considère plutôt comme un dédommagement du risque couru par le prêteur que comme un salaire de la jouissance procurée à l'emprunteur (1). Mais ce motif même nous avertit que l'exception doit se restreindre à la période durant laquelle les risques incombent au prêteur. Donc, pour tout le temps qui précède ou qui suit la traversée, les lois usuraires conservent toute leur force (L. 4 pr., *De naut. fœn.* — Paul, II, 14 § 3) (2) ; 3° par un motif semblable, les intérêts n'ont pas besoin d'être stipulés : une simple convention les fait courir (L. 5 § 1 ; L. 7, *De naut. fœn.*). Mais cette exception, à l'exemple de la précédente, paraît limitée au temps pendant lequel le prêteur supporte les risques (L. 4 § 1, *De naut. fœn.*) (3).

En résumé, on peut dire que jusqu'à l'achèvement de la traversée

(1) Justinien limita l'intérêt maritime à douze pour cent (L. 26 § 1, C., *De usur.*, IV, 22).

(2) Lorsque le capital prêté devait être remboursé au port de débarquement, l'usage était de faire monter sur le navire un esclave qui devait recevoir le payement, et de stipuler un salaire pour ses services. Or si le prêteur stipulait en même temps des intérêts à raison du retard, les deux sommes cumulées ne devaient pas dépasser le taux légal, tant il est vrai que du jour où l'on rentrait dans le droit commun quant aux risques, on y rentrait aussi quant aux intérêts (L. 4 § 1, *De naut. fœn.*).

(3) Les particularités relatives au *nauticum fœnus* se retrouvent dans d'autres hypothèses. Je puis, par exemple, livrant une somme d'argent à un athlète qui veut se préparer ou s'exercer à la lutte, convenir qu'il ne me la rendra qu'autant qu'il sera victorieux. Et d'une manière plus générale, le prêteur peut toujours se charger des risques, pourvu que cette clause ne fasse pas tomber l'opération dans la classe des jeux défendus. Or toute opération qui présente cette première et essentielle ressemblance avec le *nauticum fœnus* est pareillement affranchie des lois relatives aux intérêts (L. 5 pr. et § 1, *De naut. fœn.*).

le contrat tout entier n'a qu'une existence conditionnelle, que par l'arrivée du navire il est réputé s'être formé définitivement à compter de la numération des espèces, mais qu'il n'a pas eu pendant toute sa durée une nature uniforme : il a commencé par n'être qu'un *mutuum* ordinaire; au jour du départ il est devenu *nauticum fœnus*, et enfin l'arrivée du navire lui a rendu pour l'avenir son caractère primitif (1).

DES CONTRATS RÉELS DE LA SECONDE CLASSE.

SOMMAIRE : I. Notion générale du commodat, du dépôt et du gage. — II. Des obligations qui naissent du commodat. — III. Comparaison du commodat et du précaire. — IV. Des obligations qui naissent du dépôt. — V. De quelques espèces particulières de dépôt. — VI. Des obligations qui naissent du contrat de gage.

I. — NOTION GÉNÉRALE DU COMMODAT, DU DÉPOT ET DU GAGE.

593. Le commodat, le dépôt et le gage se forment tous les trois par une tradition (2). Dans le commodat, l'*accipiens* acquiert le droit de se servir de la chose pour un usage expressément ou tacitement déterminé, et il s'oblige à la rendre à l'époque fixée. Le commodat peut avoir pour objet toute espèce de choses corporelles, mobilières ou immobilières (3). Il est essentiellement gratuit, c'est-à-dire que chaque fois que l'usage de la chose est ou doit être rémunéré par une prestation quelconque, l'opération, de quelque nom qu'on l'ait appelée, constitue ou un louage ou un contrat innommé (Inst., § 2, *Quib. mod. re contr.* — § 2, *De loc.*, III, 24). Dans le dépôt, l'*accipiens* s'oblige à garder la chose sans s'en servir et à la restituer aussitôt qu'elle lui sera redemandée. Le contrat ne peut avoir pour objet que des choses qui

(1) Certains interprètes ont voulu décomposer le *nauticum fœnus* en deux contrats, savoir, un *mutuum* quant au capital, un contrat innommé quant aux intérêts. D'autres ont prétendu que l'opération tout entière serait un contrat innommé. Deux motifs me font rejeter ces doctrines : d'abord l'expression *mutua pecunia* est employée en notre matière (L. 6, *De naut. fœn.* — L. 4, C., *eod.*). Ensuite il est certain que le prêteur exerce ici, comme dans les cas ordinaires, une action de droit strict (L. 2 § 8; L. 7 pr., *De eo quod cert. loc.*, XIII, 4). Or, je démontrerai que l'action *præscriptis verbis*, par laquelle on sanctionne les contrats innommés, est toujours de bonne foi.

(2) Un texte porte, il est vrai, que le *pignus* se forme par la simple convention (L. 1 pr., *De pign. act.*, XIII, 7). Mais il se réfère évidemment au droit réel d'hypothèque, et non pas au contrat de gage (voy. t. II, p. 425, note 1).

(3) D'après quelques jurisconsultes anciens, il aurait fallu distinguer entre le *commodatum* et l'*utendum*, le premier portant sur des meubles seulement, le second sur des immeubles (L. 1 § 1, *Comm.*, XIII, 6). Mais cette divergence s'étendait-elle au delà de la question de langage? Et pour préciser mieux, avait-on proposé de soumettre l'*utendum* à des règles différentes de celles du *commodatum*? Je ne le crois pas.

comportent un déplacement, par conséquent que des meubles. Comme le commodat, il est gratuit en ce sens que toute rémunération fournie ou à fournir pour la garde de la chose change l'opération en un louage ou en un contrat innommé (L. 1 § 9, *Dep.*, XVI, 3). Mais tandis que, dans le commodat, c'est l'*accipiens* qui reçoit un service gratuit, ici au contraire, c'est lui qui le rend. Enfin, dans le contrat de gage (1), l'*accipiens* est un créancier auquel la chose est remise ou par le débiteur lui-même ou par un tiers, non pour lui permettre de s'en servir, mais pour assurer le recouvrement de sa créance, et à la condition de restituer dès qu'il sera entièrement payé. Ce contrat peut avoir pour objet un meuble ou un immeuble (2). A la différence des deux précédents, il est accessoire en ce sens que dans la pensée des parties il se rattache toujours à l'idée d'une obligation née ou à naître (3). Du reste il n'a évidemment rien de gratuit, puisqu'il ne tend qu'à consolider un droit dont il n'est pas la source.

594. Avant d'entrer dans l'examen des obligations que chacun de ces contrats engendre, je dois insister un instant sur les trois caractères essentiels qui, comme je l'ai déjà dit (n° 584), les séparent du *mutuum* :

1° La tradition par laquelle ils se forment n'est qu'une *nuda traditio* (4), et cela tient à ce qu'un déplacement, même temporaire, de la propriété serait tout à la fois dangereux pour le *tradens* et inutile eu égard au but que les parties se proposent (5). Je conclus de là

(1) Le mot *pignus*, comme notre mot gage, désigne trois choses fort différentes : 1° le droit réel de gage ou d'hypothèque, qui, comme on le sait, n'implique pas l'existence d'un contrat de gage ; 2° le contrat de gage, qui réciproquement n'implique pas l'existence d'un droit réel ; 3° la chose qui fait l'objet, ou de ce droit réel, ou de ce contrat, ou de tous les deux à la fois.

(2) Selon quelques jurisconsultes, le gage ne pouvait porter que sur des meubles (L. 238 § 2, *De verb. sign.*, L, 16), et une trace de cette opinion se rencontre jusque dans les Institutes (§ 7, *De act.*, IV, 6). Ce qui est vrai, c'est que le gage était surtout utile et par conséquent devait être particulièrement usité en matière de meubles.

(3) Je dis *dans la pensée des parties*, parce que, l'obligation ne naquît-elle jamais, le contrat n'en subsisterait pas moins (L. 11 § 2, *De pign. act.*). On sait qu'au contraire le droit réel de gage ou d'hypothèque suppose absolument l'existence d'une obligation (n° 286).

(4) Cela n'empêche pas qu'à chaque instant les textes emploient en ces matières le mot *dare*. Je rappelle, au surplus, que le gagiste, à la différence du commodataire et du dépositaire, acquiert une possession qui lui donne droit aux interdits (n° 214).

(5) On sait déjà qu'anciennement le *pignus* et le dépôt se formaient souvent par une aliénation accompagnée d'un contrat de fiducie (n° 244). Quant au *pignus*, j'ai

qu'il n'est aucunement nécessaire que le *tradens* soit propriétaire : fût-il possesseur de mauvaise foi, et même voleur, le contrat n'en existerait pas moins, et en principe il produirait ses conséquences régulières entre les parties (LL. 15 et 16, *Comm.*, XIII, 6. — L. 9 § 4, *De pign. act.*, XIII, 7. — L. 1 § 39, *Dep.*, XVI, 3) (1). Pour écarter de tels résultats il faudrait supposer que la propriété appartînt précisément à l'*accipiens* lui-même (L. 15, *Dep.* — L. 45 pr., *De reg. jur.*, L, 17) (2). Dirons-nous également que le contrat se forme lorsque c'est la capacité d'aliéner qui manque au *tradens* ? Ici les principes généraux veulent que l'on distingue. En effet, quiconque est incapable d'aliéner est aussi incapable de s'obliger. Donc nos trois contrats étant, comme on le verra tout à l'heure, de ceux qui engendrent des obligations réciproques, il faut dire sans hésiter que dans l'espèce ils prennent bien existence du côté de l'*accipiens*, mais non pas du côté du *tradens*.

2° L'*accipiens* est tenu de restituer l'objet même qui lui a été livré ; ce qui n'empêche pas nos trois contrats de se former quelquefois par la tradition de choses qui se consomment dès le premier usage. Cela va sans difficulté pour le dépôt et le gage ; mais cela est vrai du commodat lui-même, pourvu que ces choses n'y soient point envisagées comme choses de consommation et qu'elles

donné la raison d'être de ce procédé (t. I, p. 696, note 1). A l'égard du dépôt, je l'explique par la vieille règle *nemo alieno nomine lege agere potest*. Plaçons-nous, en effet, dans l'hypothèse d'un dépôt formé par une simple remise matérielle, et supposons que le dépositaire vienne à perdre la chose par l'effet d'un vol ou autrement. Qui est-ce qui pourra la revendiquer ou agir par les interdits possessoires? Ce n'est pas le dépositaire, puisqu'il n'a ni la propriété ni la possession. Sera-ce le déposant ? Mais en fait il est absent, tel est le cas ordinaire : donc il ne peut agir en personne ; et d'autre part nul ne peut agir à sa place, ni comme gérant d'affaires, ni comme mandataire. C'est pour échapper à ce résultat fâcheux que le déposant transportait la propriété au dépositaire. Mais rien ne prouve qu'il y ait eu une époque où l'emploi de ce procédé fût obligatoire, et il est évident que la faculté une fois admise de plaider par procureur dut le rendre de plus en plus rare.

(1) Bien entendu, le propriétaire reste admis à revendiquer. Il y a mieux : lorsque le *tradens* est un voleur, la restitution cesse de lui être due par cela seul que le propriétaire se présente pour l'exiger lui-même. Telle est la décision que Tryphoninus donne à l'égard du dépôt, et je la généralise, parce qu'il ne cite ce contrat qu'à titre d'exemple (L. 31 § 1, *Dep.*).

(2) Même en cette hypothèse le contrat se forme si l'on suppose que le *tradens* détenait déjà la chose comme usufruitier ou comme locataire, et plus généralement en vertu d'un titre qu'il pouvait opposer au propriétaire. C'est ainsi qu'on a vu le débiteur qui engage sa propre chose la garder en vertu d'une convention de bail ou de précaire, ce qui serait impossible si l'on prenait au pied de la lettre les deux textes que je cite.

soient livrées, comme disent les Romains, *ad pompam et ostentationem* (L. 3 § 6 ; L. 4, *Comm.*). De ce que l'obligation de restituer porte sur un corps certain, on conclura, d'une part, que c'est le *tradens* qui supporte la détérioration ou la perte résultant d'un cas fortuit (1), et, d'autre part, qu'une certaine responsabilité incombe à l'*accipiens* relativement aux détériorations et à la perte qui proviennent de son fait ou de sa négligence.

3° La *res* n'intervient ici que pour servir de support à toutes les conventions expresses ou tacites des parties, et non pour en limiter les effets. La première et la plus importante conséquence de ce principe, c'est que nos trois contrats ne sont point unilatéraux comme le *mutuum;* il y a, en effet, deux actions *commodati*, deux actions *depositi*, deux actions *pignoratitia*, l'une pour le *tradens*, l'autre pour l'*accipiens*. Le caractère synallagmatique de ces contrats ne ressort pas, il est vrai, des définitions précédemment données, et cela tient à ce qu'ils ne sont point synallagmatiques à la façon de la vente ou du louage. Au début, du moins dans les cas ordinaires et en supposant qu'aucun dol n'accompagne la tradition, il n'y a que l'*accipiens* qui s'oblige ; mais il est possible que par des faits ultérieurs et accidentels, ayant leur cause néanmoins dans le contrat, lui-même devienne créancier du *tradens*, et cela a fait dire aux interprètes que ces contrats sont synallagmatiques imparfaits. Les Romains expriment la même idée sous une forme très différente et néanmoins très nette : ils appellent *directa* l'action du *tradens*, et *contraria* celle de l'*accipiens*, marquant ainsi que la première est une conséquence directe et nécessaire du contrat, tandis que la seconde n'en est qu'une conséquence médiate et accidentelle. C'est également parce que la *res* n'a plus ici la puissance de restreindre et de comprimer les effets du consentement, que l'obligation de l'*accipiens* ne se borne pas toujours, on le verra bientôt, à la restitution de la chose livrée, et que les actions qui résultent de nos trois contrats sont invariablement de bonne foi (2).

(1) En matière de gage, cela ne signifie pas seulement que l'*accipiens* est déchargé de l'obligation de restituer la chose, mais aussi qu'il conserve son action personnelle (L. 9, C., *De pign. act.*, IV, 24).

(2) Ces actions sont *incertæ*, car le fait qui les engendre ne suffit pas à montrer quelle est la quantité due (n° 514). En cela encore, le commodat, le dépôt et le gage diffèrent du *mutuum*.

II. — DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU COMMODAT (1).

Lib. III, tit. XIV, *Quibus modis re contrahitur obligatio*, § 2. — Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur, et tenetur commodati actione. Sed is ab eo qui mutuum accepit, longe distat; namque non ita res datur ut ejus fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus permanet; at is qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam in suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior potuerit eam rem custodire; sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenerit. Alioqui, si id quod tibi commodatum est, peregre tecum ferre malueris, et vel incursu hostium prædonumve, vel naufragio amiseris, dubium non est quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tum proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est : alioqui mercede interveniente locatus tibi usus

De même, celui qui reçoit une chose pour s'en servir, c'est-à-dire à titre de commodat, s'oblige *re* et est tenu de l'action *commodati*. Mais il diffère grandement de celui qui a reçu un *mutuum*; car la chose ne lui est pas donnée pour devenir sa propriété, et en conséquence il doit restituer cette chose elle-même. En outre, celui qui a reçu un *mutuum* venant à perdre la valeur reçue, et cela par un cas fortuit quelconque, tel qu'incendie, ruine, naufrage, attaque de brigands ou d'ennemis, son obligation n'en subsiste pas moins. Quant à celui qui a reçu un commodat, sans doute il doit veiller à la garde de la chose avec le plus grand soin, et il aurait beau s'être montré aussi diligent qu'il l'est ordinairement dans ses propres affaires, cela ne suffirait pas si toutefois la chose eût pu être conservée par une personne plus diligente. Mais il ne répond ni de la force majeure ni des cas fortuits, pourvu que l'on n'ait pas de faute à lui reprocher. Car, si vous emportez en voyage la chose prêtée, et que vous veniez à la perdre par une attaque d'ennemis ou de brigants, ou par un naufrage, il est certain que vous êtes tenu de la restituer. Du reste, le commodat proprement dit suppose que vous recevez

(1) On remarquera que les auteurs littéraires prennent parfois *commodare* dans le sens de *mutuum dare* (Plaute, *Persa*, II, 5, v. 19. — *Phèdre*, I, 17. — Tacit., *De orat.*, 32). Cette inexactitude se rencontre même dans un texte du code Théodosien (L. 1, *Quod jussu*, II, 31); mais Justinien, le reproduisant, en a rectifié le langage (L, 13, C., *Quod cum eo, etc.*, IV, 26).

rei videtur; gratuitum enim debet esse commodatum. (Gaius, L. 14 §§ 3 et 4, *De obl. et act.*, XLIV, 7.)

l'usage de la chose sans qu'aucun salaire soit donné ou convenu; autrement, s'il y a un salaire, le contrat est réputé louage. En effet, le commodat doit être gratuit.

595. Le commodataire est tenu de trois obligations : 1° il doit restituer à l'époque et au lieu convenus (L. 5 pr., *Comm.*), et cette restitution n'est complète qu'autant qu'elle comprend les fruits et produits que la chose a pu donner entre ses mains (L. 38 § 1, *De usur.*, XXII, 1); 2° il ne doit user de la chose que selon la destination pour laquelle elle lui a été remise. Manquant à cette obligation, il est toujours tenu, par l'action *commodati*, de réparer le préjudice causé; et s'il a été de mauvaise foi il encourt la peine du *furtum* (L. 5 § 8, *Comm.* — Aul.-Gell., VII, 15. — Val. Max., VIII, 2, § 3); 3° il doit se conduire, à l'égard de la chose prêtée, comme le ferait le père de famille le plus diligent (§ 2 *sup.*), et voici quel est le sens de cette formule : comme tous les débiteurs obligés en vertu d'un contrat de bonne foi, il est d'abord comptable de son dol; en outre, et par application d'une règle spéciale à ceux de ces débiteurs qui ont un intérêt personnel dans le contrat, il répond de toute espèce de faute (L. 5 § 8, *Comm.*). Enfin, et en ceci il ressemble à tous les débiteurs de corps certains, il n'est pas tenu à raison des cas fortuits, à moins que ce ne soit sa propre faute qui les ait occasionnés (§ 2 *sup.*, 3e phr. *in fine.* — L. 5 § 7, *Comm.*) (1). Au surplus, et indépendamment des conventions expresses qui peuvent modifier la responsabilité normale du commodataire, des circonstances particulières viennent quelquefois l'adoucir ou l'aggraver : ainsi, elle se restreint au dol dans les cas rares où le contrat n'intéresse que le commodant (L. 5 § 10, *Comm.*) (2), et elle s'étend aux cas fortuits lorsque la chose a été estimée au mo-

(1) Par une exagération remarquable de cette restriction, on décide que, la chose prêtée venant à périr dans un incendie ou dans quelque autre désastre, le commodataire qui pouvait la sauver en sacrifiant la sienne et qui ne l'a pas fait reste tenu (L. 5 § 4, *Comm.*).

(2) Gaius (L. 18 pr., *Comm.*) suppose que deux personnes invitant à dîner un ami commun, l'une veille à l'organisation du repas et l'autre fournit l'argenterie. Dans cette espèce, dit-il, le commodat intéresse les deux parties, et en conséquence la responsabilité du commodataire se limite aux fautes qu'il ne commet pas dans ses propres affaires. Je crois la décision exacte, mais mal motivée; il me semble que le contrat s'analyse plutôt en une société qu'en un commodat, et voilà pourquoi la faute ne s'apprécie plus par comparaison avec la conduite du père de famille le plus soigneux (Inst., § 9, *De societ.*, III, 25).

ment de la convention (L. 5 § 3, *Comm.*). De ces deux décisions, en apparence exceptionnelles, la première est fondée sur le principe que qui s'oblige dans l'intérêt exclusif du créancier ne répond pas de sa simple faute, et la seconde sur une interprétation de la volonté des parties.

Quant aux obligations du commodant, je les ramène à deux : 1° il doit indemniser le commodataire des dépenses imprévues que celui-ci a faites par nécessité, et cela quand même la perte fortuite de la chose les aurait plus tard rendues inutiles. A l'égard des dépenses qui sont la condition même de l'usage, c'est le commodataire qui les supporte. Si par exemple il s'agit d'un esclave, sa nourriture est bien à la charge du commodataire, mais non les frais qu'il faudrait faire pour le tirer d'une maladie grave (L. 18 § 2, *Comm.*) ; 2° le commodant s'oblige à ne commettre aucun dol. Si donc, pour emprunter les exemples des textes, il a prêté sciemment un tonneau gâté dans lequel le vin du commodataire s'est altéré, ou s'il a volé la chose et l'a fait payer au commodataire qui ignorait l'auteur du vol, sans aucun doute la réparation du préjudice ainsi causé lui incombe (L. 18 § 3 ; L. 21 pr., *Comm.*), car ce préjudice est la conséquence directe de son dol. Mais on va plus loin, et on l'oblige à restituer tout enrichissement réalisé même de bonne foi au détriment du commodataire : supposons, par exemple, que, celui-ci ayant perdu la chose et en ayant payé le prix, le commodant vienne ensuite à la recouvrer, voilà un enrichissement obtenu sans dol peut-être, mais qui à coup sûr ne saurait être retenu de même (L. 17 § 5, *Comm.*) (1). Du reste, les principes généraux veulent que le commodant ne réponde jamais de sa faute, si ce n'est dans les cas exceptionnels où le contrat l'intéresse personnellement (L. 22, *Comm.* — L. 61 § 6, *De furt.*). J'ajoute que le commodataire encore nanti de la chose peut la retenir *quasi pignoris loco*, jusqu'à ce que le commodant ait satisfait à ses propres obligations (L. 15 § 2 ; L. 59, *De furt.*, XLVII, 2) (2).

(1) Cette hypothèse est assez peu pratique, attendu que le commodataire a le droit de se faire céder les actions du commodant, toutes les fois que, ne pouvant restituer la chose elle-même, il en paye la valeur ou subit condamnation (L. 13 pr., *Comm.*). Le plus souvent donc, c'est à lui-même qu'elle sera restituée.

(2) Ce droit de rétention ne pourrait être exercé pour des créances qui n'auraient par leur cause dans le commodat (L. 4, C., *Comm.*, IV, 23).

III. — COMPARAISON DU COMMODAT ET DU PRÉCAIRE.

596 *a*. Cette comparaison est indiquée par les textes eux-mêmes (L. 1 § 3, *De prec.*, XLIII, 26). Il y a précaire, lorsque sur votre prière je vous concède l'usage gratuit d'une chose à condition de me la rendre aussitôt qu'il me plaira (L. 1 pr., *De prec.*). Comme le commodat, le précaire contient une libéralité qui ne rentre pas dans la classe des donations proprement dites; car il exclut absolument toute idée d'aliénation (L. 1 § 2, *De prec.*). Comme lui aussi, il se forme par la remise d'une chose corporelle, mobilière ou immobilière (1); mais il peut également, et on voit par là que son domaine est un peu plus large, se former par la quasi-tradition d'un droit propre à faire l'objet d'une servitude prédiale ou personnelle (L. 2 § 2; L. 3; L. 15 § 2, *De prec.*).

Que si l'on recherche la nature et les effets du précaire, tout se résume dans deux propositions fécondes en conséquences :

1° Le précaire contient une libéralité aussi large qu'on peut la faire quand on retient dans toute sa plénitude le droit de propriété. Il suit de là que le précariste est investi, comme on le sait déjà (n° 214), d'une véritable possession; qu'il peut employer la chose à tous les usages auquel sa nature se prête, et non pas seulement à un usage déterminé; qu'il bénéficie des fruits jusqu'au jour où la restitution lui est demandée (L. 8 § 4, *De prec.* — L. 13 § 21, *De act. empt.*, XIX, 1); enfin, que, quoique intéressé et même seul intéressé dans l'opération, il échappe à la responsabilité de ses simples fautes : il est seulement tenu de ne point commettre de dol et de restituer (L. 8 §§ 3 et 6, *De prec.*). Ainsi, à ne considérer que l'étendue des avantages et des charges, le précaire est plus plein et plus large que le commodat.

2° Le précaire, telle fut du moins la conception primitive, ne constitue pas un contrat; en d'autres termes, il n'engendre ni droits ni obligations véritables. Cette formule renferme le principe des décisions suivantes : 1° le précaire est essentiellement révocable. Le concédant eût-il même accordé un terme exprès, cette convention ne le lierait pas (L. 12 pr., *De prec.*). Il n'y a donc de sa part qu'une libéralité faite en quelque sorte au jour le jour, et dont il peut

(1) On a soutenu sans preuve certaine que, dans le principe, le précaire avait nécessairement pour objet un immeuble (L. 4 pr., *De prec.* — Isid. de Séville, *Orig.*, V, 25).

à chaque instant arrêter les effets. A plus forte raison n'est-il soumis à aucune espèce d'obligation positive, et par exemple le remboursement des dépenses même les plus nécessaires ne saurait lui être demandé; 2° le précariste lui-même n'est pas obligé en vertu de la convention : il est plutôt comparable à un détenteur de la chose d'autrui qu'à un débiteur, et en conséquence aucune action personnelle n'est donnée contre lui. Toutefois il y avait là une lacune que de très bonne heure le préteur combla par la création de l'interdit *de precario* (L. 14, *De prec.*) (1); 3° le précaire ne se transmet pas aux héritiers du précariste, et, en parlant ainsi, je n'entends pas assimiler cet acte aux contrats qui, comme le mandat, finissent par la mort de l'une des parties; je veux dire que non seulement la concession cesse désormais de produire des effets, mais que ses effets antérieurs sont en quelque sorte effacés, et qu'en ce qui concerne le précaire, les héritiers du précariste ne sont pas ses ayant-cause et ne continuent pas sa possession. Aussi ne répondent-ils pas de son dol (L. 8 § 7, *De prec.*), et la restitution leur est demandée non par l'interdit *de precario*, mais par l'interdit *de clandestina possessione* (Paul, V, 6 § 12).

Telle est la théorie ancienne. Deux modifications y furent apportées : 1° Ulpien (L. 8 § 8, *De prec.*) décide, et cette opinion, qu'il ne présente pas comme nouvelle, fut certainement consacrée plus tard par une constitution impériale (L. 2, C., *De prec.*, VIII, 9), que les héritiers du précariste sont réputés posséder au même titre que leur auteur, et en conséquence tenus de l'interdit *de precario*; 2° on admit qu'une action proprement dite serait donnée contre le précariste. Ce fut, d'après Julien, une *condictio incerti* (L. 19 § 2, *De prec.*) (2), et d'après Ulpien l'action *præscriptis verbis* (L. 2 § 2, *De prec.*). Les deux opinions impliquaient une véritable obligation à la charge du précariste; et celle d'Ulpien impliquait même une obligation fondée sur un contrat synallagmatique. Aussi, en supposant que cette dernière

(1) Il est tellement vrai que cet interdit fut créé pour combler une lacune, qu'on le refusait au concédant qui avait eu la précaution de stipuler la restitution (L. 15 § 3, *De prec.*).

(2) D'après les mots qui terminent ce texte (*id est præscriptis verbis*), Julien, sous le nom de *condictio incerti*, aurait désigné l'action *præscriptis verbis*. Mais ces mots ont dû être ajoutés par quelque glossateur, peut-être même par les commissaires de Justinien. Car l'action *præscriptis verbis*, étant de bonne foi, n'appartient pas à la catégorie des *condictiones*. Il est fort douteux, d'ailleurs, qu'elle fût admise par Julien, puisque la plupart des Sabiniens la rejetaient comme inutile. Quelques interprètes, au lieu d'effacer les mots *id est præscriptis verbis*, remplacent *condictione* par *actione*, ce qui mettrait Julien d'accord avec Ulpien.

ait prévalu, on se demande si elle aboutit à supprimer les conséquences que j'ai déduites de l'absence de contrat. Or, sans aucun doute, le précaire conserva son caractère le plus original : il resta absolument révocable. La difficulté se concentre donc sur la double question de savoir si le concédant ne peut pas désormais, comme dans un commodat, se trouver obligé après coup, et si les héritiers du précariste continuent à ne point répondre du dol de leur auteur. Dans le silence absolu des textes, il est impossible de résoudre ces questions avec certitude.

Reste maintenant à rechercher dans l'origine du précaire la raison d'être des particularités qui le caractérisent. Or on lit dans Festus (v° *Patres*) qu'anciennement les patriciens avaient l'habitude de concéder à leurs clients (*tenuioribus*), comme un père de famille à ses enfants, des terres et des sommes d'argent (1). En admettant, ce qui est une conjecture très vraisemblable, que ces concessions, quel qu'en fût le nom, contiennent l'origine du précaire, une vive lumière jaillit du rapprochement établi entre cette institution et le pécule. Nous voyons pourquoi le précaire comprend l'usage entier de la chose pourquoi il est par essence gratuit, révocable, personnel au concessionnaire; pourquoi aussi il exclut la responsabilité des fautes et ne donne naissance à aucune action. Tous ces caractères se retrouvent dans le pécule. Me dira-t-on que le fils de famille ne possède pas son pécule, qu'il n'en acquiert les fruits que pour le compte de son père, qu'il n'est pas plus soumis à un interdit qu'à une action, et que son dol même reste sans réparation? Tout cela est vrai; mais tout cela s'explique par sa situation particulière, qui le rend incapable d'avoir aucun droit et le dérobe absolument aux poursuites judiciaires du père. Si donc la concession du précaire produit quelques effets de plus que celle du pécule, c'est seulement parce que le précariste n'est pas sous la puissance du concédant (2).

(1) Sur les obligations réciproques qu'engendrait la clientèle, il y a un passage très important de Denys d'Halicarnasse (II, 9 et 10). Voy. aussi deux textes d'Aulu-Gelle (V, 13) et de Tite-Live (V, 32).

(2) A l'époque classique, le précaire avait tout à fait dévié de sa signification et de son but primitifs. J'ai déjà dit qu'il intervenait quelquefois entre un vendeur et un acheteur, lorsque celui-ci recevait la tradition de la chose vendue sans payer le prix (n° 230). Mais sa principale application était celle que j'ai signalée en matière de gage (n° 285). Ce serait même la seule, si l'on s'en rapportait au témoignage fort suspect d'Isidore de Séville (*Orig.*, V, 25). Et ce qui est fort remarquable, c'est qu'il porte alors sur la chose même du concessionnaire, circonstance qui en principe entraîne nullité du précaire (L. 4 § 3; L. 6 § 4, *De prec.* — T. II, p. 426, note 2).

IV. — DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU DÉPÔT (1).

Lib. III, tit. XIV, *Quibus modis re contrahitur obligatio*, § 3. — Præterea et is apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, et actione depositi; qui et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit; culpæ autem nomine, id est, desidiæ ac negligentiæ non tenetur; itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem urto amiserit, quia qui negligenti amico rem custodiendam tradidit, suæ facilitati id imputare debet (Gaius, L. 1 § 5, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

Celui chez qui l'on dépose une chose est encore obligé *re*; il est soumis à l'action *depositi* et également tenu de restituer la chose elle-même. Mais il ne répond que de son dol, non de sa faute, c'est-à-dire de son incurie et de sa négligence; il n'a donc rien à craindre, lorsqu'il s'est laissé voler la chose pour l'avoir gardée avec peu de soin; car celui qui a confié la garde de sa chose à un ami négligent ne doit accuser que sa propre imprudence.

597. Les obligations du dépositaire sont les suivantes : 1° il doit, dès qu'il en est requis, restituer la chose avec les fruits qu'elle a produits chez lui, et cela quoique le terme fixé par la convention ne soit pas encore arrivé (L. 1 §§ 22, 45 et 46, *Dep.*, XVI, 3. — Paul, II, 12 § 7). Car ce terme, on l'a déjà vu (n° 529), est ordinairement dans l'intérêt du créancier; 2° il doit s'abstenir de tout usage de la chose, sinon il commet un *furtum* (L. 29 pr., *Dep.*) (2); 3° enfin, il doit réparer tout préjudice causé par son propre dol. Mais les cas fortuits ne sont point à sa charge; il ne répond pas même de ses simples fautes, et cela parce qu'il est entièrement désintéressé dans le contrat (L. 5 § 2, *Comm.*, XIII, 6), et non pas, comme le veulent les Institutes (§ 3 *sup.*), parce que le déposant doit s'en prendre à lui-même d'avoir donné sa confiance à un homme négligent. En effet, si ce motif était

(1) Ulpien nous fait remarquer que dans le mot *depositum* la préposition *de* augmente la force du simple et exprime ainsi l'idée d'une confiance sans limite (L. 1 pr., *Dep.*). Comme synonyme de *deponere*, on rencontre quelquefois *commendare* (L. 24, *Dep.* — L. 186, *De verb. sign.*, L, 26).

(2) Il n'y a pas de *furtum* si le dépositaire a cru agir conformément à la volonté du *tradens*. Mais ce n'est que par exception qu'on pourra lui attribuer une telle pensée, tandis qu'on la prête beaucoup plus facilement à un commodataire (Gaius, III, §§ 196 et 197. — Inst., §§ 6 et 7, *De obl. quæ ex del.*, IV, 1).

exact, on aurait d'une manière générale limité au dol la responsabilité résultant des obligations contractuelles; car quiconque consent à devenir créancier peut s'imputer d'avoir mal choisi son débiteur. On remarquera, au surplus, que dans le dol les Romains font rentrer la faute lourde, celle qui implique une négligence que les moins soigneux ne commettent pas (n° 662) (1). Exceptionnellement, et en dehors de toute convention expresse, le dépositaire répond de sa faute lorsqu'il s'est de lui-même offert à recevoir le dépôt (L. 1 § 35, *Dep.*); il est même tenu des cas fortuits, si, comme le suppose un texte d'Ulpien (L. 4 pr., *De reb. cred.*, XII, 1), le contrat été déterminé par la seule vue de son intérêt (2).

Quant au déposant, ses obligations se réduisent à deux : 1° il est tenu non seulement de son dol, mais de toute espèce de faute, puisque c'est lui et même lui seul que le contrat intéresse; 2° il doit le remboursement de toutes les dépenses, ordinaires ou extraordinaires, que le dépositaire a faites en vertu du contrat ou par nécessité (L. 12 pr.; L. 23, *Dep.*). Ces obligations, comme celles du commodant, sont garanties par un droit de rétention (*Coll. leg. mos.*, tit. X, 2 § 6).

V. — DE QUELQUES ESPÈCES PARTICULIÈRES DE DÉPÔT.

598. Il y a trois variétés de dépôt qui s'écartent plus ou moins des règles générales, savoir, le dépôt *miserabile*, le dépôt irrégulier et le dépôt *sequestrationis causa*.

Du dépôt *miserabile* ou nécessaire (3). — Ce dépôt est celui qu'on

(1) En cette matière, il y a au titre *depositi* des exemples intéressants de dol (L. 1 § 38; L. 13 pr.), de faute lourde (L. 7 pr.) et de faute simple (L. 1 §§ 32 et 47; L. 11; L. 16).

(2) Si les Romains se montrent indulgents pour le dépositaire en ne le rendant responsable que de son dol, en revanche ils sont d'une sévérité exceptionnelle à l'égard de ce dol. Ils y voient une sorte de délit (L. 67 pr., *De furt.*, XLVI, 2). Et de là trois règles particulières à l'action *depositi directa* : 1° d'après les douze Tables, elle était toujours donnée *in duplum*. Mais le préteur ne conserva cet excès de sévérité que dans le cas de *depositum miserabile* (Paul, II, 12 § 11); 2° elle est donnée, indépendamment de tout enrichissement, contre le pupille *doli capax* qui a reçu un dépôt sans l'*auctoritas* de son tuteur (L. 1 § 15, *Dep.*); 3° elle est également donnée contre l'affranchi qui détient encore la chose à lui confiée pendant qu'il était esclave (L. 21 § 1, *Dep.*). Par cette même façon d'envisager le dol du dépositaire, on s'explique très bien aussi que la condamnation prononcée contre lui le rende infâme (Inst., § 1, *De pœn. tem. lit.*, IV, 16). Mais cette dernière décision, tout exceptionnelle qu'elle est, n'est pas particulière au dépôt.

(3) Cette seconde dénomination n'est pas romaine; mais elle se légitime par la nature des choses, et elle est suggérée par un texte (L. 1 § 2, *Dep.*).

fait en cas de tumulte, incendie, ruine ou naufrage. Ce qui le caractérise, c'est que le déposant agit sous l'empire de la nécessité et ne choisit pas son dépositaire. Sa chose est exposée à un péril imminent : il la confie au premier venu qui veut bien s'en charger (L. 1 §§ 2 et 3, *Dep.*). Nous rencontrons ici deux dérogations au droit commun : 1° le dépositaire qui nie le dépôt ou qui par son dol a rendu la restitution impossible est condamné au double ; car son infidélité est d'autant plus grave et d'autant plus dangereuse que le créancier n'a pas été vraiment libre de lui refuser sa confiance (L. 1 §§ 1 et 4, *Dep.*) (1); 2° les héritiers du dépositaire sont tenus moins sévèrement que leur auteur. Non seulement, en effet, son dol ne les fait pas condamner au double, mais il ne les oblige *in simplum* que pendant une année (L. 18, *Dep.*) ; et cela est bizarre, car si le doublement de la condamnation peut être considéré comme la peine d'un délit, la responsabilité réduite à la mesure du dommage causé découle du contrat et par conséquent devrait être perpétuelle.

Du dépôt irrégulier (2). — On suppose ici qu'en vous confiant une somme d'argent je vous autorise à vous en servir comme si je vous la prêtais, ou, ce qui est identique, à me rendre même somme et non pas mêmes écus. Le dépôt irrégulier déroge donc aux deux règles qui obligent le dépositaire à rendre en nature la chose qu'il a reçue et à la garder sans s'en servir. Et ces dérogations s'expliquent par ce principe qu'en vertu d'un pacte adjoint *in continenti* un contrat peut excéder sa portée naturelle et produire des effets qu'il ne produirait pas par sa seule force (L. 5 § 4, *De præscr. verb.*, XIX, 5). Que si l'on demande comment une telle convention ne cesse pas absolument d'être un dépôt, c'est que l'argent livré doit toujours être restitué à première réquisition, et qu'il demeure aux risques du créancier tant que le débiteur n'en a pas fait usage.

A. On évitera de confondre le dépôt irrégulier avec la convention par laquelle je vous remets une somme d'argent en vous permettant de vous en servir à titre de prêt (3). Ici nous avons deux contrats :

(1) Dans le droit de Justinien, la condamnation au double paraît supposer absolument la négation du dépôt (Inst., §§ 17, 23 et 26, *De act.*, IV, 6). Mais cette restriction est étrangère au droit classique, les textes cités le prouvent sans réplique.

(2) Les textes qui constatent cette espèce de dépôt ne lui donnent pas de nom particulier.

(3) Pour appliquer cette distinction, il faudra évidemment rechercher l'intention des parties.

un dépôt pur et simple qui a tous les caractères du dépôt ordinaire, et un *mutuum* conditionnel qui ne se formera que par l'usage que vous ferez de l'argent (L. 10, *De reb. cred.* — L. 1 § 34, *Dep.*) (1). Supposons donc les deniers consommés et le *mutuum* ainsi réalisé : au lieu d'être soumis à l'action *depositi*, vous serez tenu d'une *condictio*, et, ce qui est surtout important, vous ne pourrez devoir des intérêts qu'en vertu d'une stipulation, tandis que le dépositaire irrégulier les doit soit par l'effet d'un pacte adjoint au contrat, soit lorsqu'il est en demeure de restituer, et cela sans distinguer s'il a conservé ou consommé les derniers (L. 24; L. 25 § 1, *Dep.*). On voit par là que le dépôt irrégulier procurait au créancier les avantages d'un véritable placement, tout en lui permettan de réaliser ses fonds à volonté. Il se faisait surtout chez les banquiers, eux seuls pouvant quotidiennement trouver à cette façon de s'obliger plus de profit que de gêne (2).

Du dépôt sequestrationis causa. — La personne qui reçoit ce dépôt s'appelle *sequester*, et l'action dont elle est tenue *actio depositi sequestraria* (L. 12 § 2, *Dep.*). Ce qui le caractérise, c'est qu'étant fait nécessairement par plusieurs personnes, il ne doit être restitué qu'à l'une d'elles et sous une condition déterminée (L. 6, *Dep.*). Presque toujours il a son origine dans une contestation relative à la chose déposée, et alors c'est au gagnant que la restitution est due (L. 17 pr., *Dep.* — L. 160, *De verb. sign.*, L. 16) (3). La précédente définition met en relief deux dérogations au droit commun : 1° d'ordinaire, quand il y a plusieurs déposants, la créance appartient à tous, et la restitution doit être faite, selon l'intention des contractants, ou à chacun pour sa part, ou pour le tout au premier qui agit (L. 1 § 44, *Dep.*). Ici, au contraire, chacun des déposants n'a qu'une créance conditionnelle, et la condition ne peut pas se réaliser au profit de l'un sans défaillir en même temps pour l'autre; 2° par cela même que le droit de

(1) Tout autre est le cas où le dépositaire ne reçoit qu'après coup la permission d'user. Ici, comme l'intention évidente des parties est de convertir purement e simplement le dépôt en *mutuum*, la conversion s'opère à l'instant même, et par conséquent les risques passent du créancier au débiteur avant tout usage (L. 9 § 9, *De reb. cred.*).

(2) Voy. t. I, p. 711, note 3.

(3) A prendre ces textes au pied de la lettre, la *sequestratio* supposerait nécessairement un procès. Mais cette interprétation est inadmissible. Il suffit d'une opposition d'intérêt entre plusieurs personnes relativement à la même chose pour donner lieu à cette espèce de dépôt (L. 6, C., *Dep.*).

chaque déposant est conditionnel, la restitution ne peut être ni exigée ni reçue par l'un d'eux avant l'événement de la condition (L. 9 § 3, *De dol. mal.*, IV, 3. — 5, C., *Dep.*, IV, 34).

A. D'autres particularités distinguent le dépôt *sequestrationis causa :* 1° il peut évidemment avoir pour objet un immeuble aussi bien qu'un meuble; 2° le *sequester* est admis, pour des causes graves, à se faire décharger de son obligation par le magistrat, et alors la chose est déposée dans un temple jusqu'à l'arrivée de la condition (L. 5 § 5, *Dep.*); 3° le dépôt ordinaire n'ôte jamais la possession au déposant et ne la donne jamais non plus au dépositaire. Ici, au contraire, ni l'un ni l'autre des déposants ne possèdent; mais de deux choses l'une, ou la possession n'appartient à personne, ou bien, et c'est le fait ordinaire, elle est conférée au *sequester*, et alors elle profite finalement à celui qui obtient la restitution. Notamment il aura pu, s'il y avait lieu, usucaper par l'intermédiaire du *sequester*, et dans tous les cas il aura empêché l'usucapion de son adversaire (L. 17 § 1, *Dep.* — L. 39, *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2) (1).

VI. — DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU CONTRAT DE GAGE.

Lib. III, tit. XIV, *Quibus modis re contrahitur obligatio*, § 4. — Creditor quoque qui pignus accepit, re obligatur, qui et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur actione pignoratitia. Sed, quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei crederetur, et creditoris, quo magis in tuto sit creditum, placuit sufficere quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet : quam si præstiterit, et aliquo fortuito casu eam rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere (Gaius, L. 1 6, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

Le créancier qui reçoit une chose en gage est également obligé *re* et tenu, par l'action *pignoratitia*, de restituer la chose même qu'il a reçue. Mais comme le gage est donné dans l'intérêt des deux parties, du débiteur, auquel il assure du crédit, et du créancier, dont il garantie la créance, on décide qu'il suffit à ce dernier de garder la chose avec une entière diligence. Que si néanmoins il vient à la perdre par quelque cas fortuit, il est en sécurité et reste admissible à poursuivre sa créance.

(1) Il est possible que le *sequester* reçoive un salaire, mais alors nous sortons tout à fait de l'hypothèse du dépôt. Il est également possible qu'une *sequestratio* soit ordonnée par la justice (L. 22 § 8, *Sol. matr.*, XXIV, 3. — L. 21 § 3, *De appell.*, XLIX, 1), et ici il n'y a plus ni dépôt ni contrat quelconque.

599. Le gagiste est tenu de trois obligations : 1° la principale consiste à restituer la chose (§ 4 *sup*). Mais cette restitution ne devient exigible qu'au moment où il est entièrement payé, ou lorsqu'il a reçu satisfaction, c'est-à-dire marqué d'une manière quelconque, par exemple en novant, en transigeant, en faisant remise, que son intention est de renoncer au droit réel de gage (L. 9 § 3, *De pign. act.*, XIII, 7). Sur la question de savoir si les fruits doivent être restitués avec la chose, une distinction est nécessaire : le gagiste n'en doit aucun compte quand le contrat a été accompagné d'une constitution d'antichrèse (1). Dans le cas contraire, il a dû les imputer sur la créance, l'excédent seul est donc restituable (L. 1 à 3, C., *De pign. act.*, IV, 24). Il est de toute évidence que l'obligation de restituer en nature disparaît lorsque le créancier a régulièrement usé de son droit de vendre (n° 293). Mais alors de deux choses l'une : ou la vente n'a donné qu'un prix égal ou inférieur au montant de la créance, et il ne doit plus rien ; ou elle a donné un prix supérieur, et il est comptable de l'excédent (2). Mais tant qu'il ne l'a pas touché, il se libère par la cession de son action en payement (L. 24 § 2, *De pign. act.*); 2° le gagiste ne doit pas user de la chose; sinon, et en la supposant mobilière, il commet un *furtum* (L. 54 pr., *De furt.*, XLVII, 2) (3); 3° il est soumis à la même responsabilité que le commodataire; il est donc tenu non seulement de son dol, mais de toute faute que ne commettrait pas un bon père de famille (L. 13 § 1; L. 14. *De pign. act.*) (4). Et par exemple, il devrait des dommages-intérêts pour avoir vendu la chose soit à vil prix, soit avant l'échéance, ou sans observer les formalités prescrites par la loi ou par la convention (LL. 1 à 5, C., *Si vend. pign.*, VIII, 30. — L. 18, C., *De fid.*, VIII, 41) (5).

(1) Voy. t. I, p. 703, note 1.

(2) Il en doit même les intérêts lorsqu'il a employé l'argent à son usage personnel ou qu'il est en demeure (L. 6 § 1; L. 7, *De pign. act.*).

(3) Cette obligation du gagiste doit se combiner avec la suivante. Si donc on lui interdit d'user dans son intérêt personnel, il n'en doit pas moins faire les actes qu'exige absolument l'intérêt du constituant. C'est ainsi qu'il ne peut négliger de percevoir les fruits et qu'il doit exercer les servitudes prédiales pour les empêcher de s'éteindre par le non-usage (L. 15, *De pign. act.*).

(4) Il est vrai que les Institutes (§ 4 *sup.*) n'ont pas ici un langage aussi énergique qu'en matière de commodat. Néanmoins elles ne me contredisent pas. Tout ce qu'elles veulent indiquer, c'est une antithèse entre le cas fortuit, dont le gagiste ne répond pas, et la faute, dont il répond toujours. Une difficulté plus sérieuse résulte d'un texte de Gaius (L. 18 pr., *Comm.*). Elle sera résolue plus loin (n° 663).

(5) D'après certains jurisconsultes, l'obligation de se comporter en bon père de famille aurait compris l'obligation de vendre, lorsqu'il était possible à un moment

Du côté du constituant je relève les deux obligations suivantes : 1° il doit le remboursement de toutes dépenses nécessaires (1) et même des dépenses utiles qui paraissent avoir été faites conformément à sa propre volonté (L. 25, *De pign. act.* — L. 7, C., *De pign. act.*) (2); 2° il est tenu de tout dol et de toute faute (3). Que par exemple il ait remis du cuivre pour de l'or, qu'il ait engagé la chose d'autrui ou une chose tellement chargée d'hypothèques qu'elle n'offrait qu'une sûreté illusoire ou insuffisante, voilà des faits qui, même en l'absence de mauvaise foi, engagent sa responsabilité (L. 1 § 2; L. 16 § 1; L. 36 § 1, *De pign. act.*) (4). Pour la garantie de ces obligations, le gagiste, à l'exemple du commodataire et du dépositaire, est investi d'un droit de rétention (L. 8 pr., *De pign. act.*) (5).

DES CONTRATS CONSENSUELS.

Lib. III, tit XXII, *De consensu obligatione*, pr. — Consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo

Les obligations se forment par le consentement dans les ventes, louages, sociétés et mandats. Si l'on dit que dans ces cas l'obligation se contracte par le consen-

donné d'obtenir des conditions avantageuses que plus tard on ne trouverait pas. Pomponius (L. 6 pr., *De pign. act.*), qui rapporte cette opinion, la rejetait-il? Je n'oserais me prononcer. Ce qui me paraît certain, c'est que la seconde moitié du texte contient une addition faite par Justinien. Mais où commence cette addition? Là est la difficulté.

(1) Parmi ces dépenses figure, s'il y a lieu, l'impôt foncier. Le gagiste doit en faire l'avance nonobstant toute convention contraire (L. 42, *De pact.*, II, 14).

(2) Supposons que vendant la chose, le gagiste ait consenti, quoiqu'il n'y soit pas obligé, à se lier par la *stipulatio duplæ*. Si l'acheteur vient à être évincé, le gagiste condamné en vertu de sa promesse n'aura de recours qu'en justifiant qu'elle lui a servi à vendre plus avantageusement (L. 23 § 4; L. 25, *De pign. act.*).

(3) Les principes généraux permettent de croire que sa responsabilité se limite au dol dans le cas spécial où le gage a été fourni pour autrui.

(4) Dans les cas de mauvaise foi, ces faits donnent lieu, en outre, au *crimen stellionatus* et sont punis *extra ordinem*. Sous le nom de stellionat, on comprend tout fait de dol non dénommé et non prévu par la loi et néanmoins puni comme crime (L. 3 § 1, *Stell.*, XLVII, 20).

(5) Une constitution de l'empereur Gordien autorise le gagiste, quoique payé, à retenir le *pignus* pour la garantie de créances tout à fait étrangères au contrat de gage. Mais ce droit ne peut être opposé qu'au débiteur lui-même et non au créancier hypothécaire qui userait du *jus offerendæ pecuniæ* (L. unic., C., *Etiam ob. chir. pec.*, VIII, 27).

autem istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scriptura, neque præsentia omnimodo opus est, ac nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio; sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam, vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet, quum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat (Gaius, III, §§ 135 à 137).

tement, c'est que ni l'écriture ni la présence des parties ne sont exigées, et qu'il n'y a pas même besoin d'une tradition pour donner naissance à l'obligation; mais le consentement des contractants suffit. Aussi les obligations de ce genre se contractent même entre absents, tant par lettre que par intermédiaire. De même dans ces contrats chaque partie s'oblige envers l'autre dans la mesure des exigences de l'équité, tandis que dans les obligations verbales l'une des parties ne fait que stipuler et l'autre que promettre.

600. J'ai déjà dit quels sont les contrats consensuels et pourquoi on les appelle ainsi (nº 493 *in fine*). Les Institutes (pr., *sup.*), à la suite de Gaius, relèvent en eux les quatre caractères suivants, dont un seul leur est véritablement spécial :

1° Ils peuvent se former entre absents. En cela ils diffèrent de la stipulation, mais ils ressemblent à tous les autres contrats.

2° Ils peuvent se former soit par correspondance, soit par l'intermédiaire d'un tiers qu'on appelle *nuntius* et dont le rôle consiste à porter à l'une des parties le consentement de l'autre (L. 14 § 3; L. 15, *De pec. const.*, XIII, 5) (1). C'est ce caractère qui leur est exclusivement propre; car j'ai beau vous faire savoir que je consens à contracter avec vous *verbis*, *litteris* ou *re*, il est bien visible que cela ne suffit pas pour donner naissance au contrat (2).

3° et 4° Ils sont synallagmatiques et de bonne foi, et à cet égard ils ressemblent aux contrats réels de la seconde classe. Toutefois, en ce qui concerne leur caractère synallagmatique, il y a deux observations

(1) Le *nuntius* ne doit être confondu ni avec le mandataire, ni avec le proxénète. Le mandataire s'oblige; le proxénète ne s'oblige pas, mais il a l'initiative du contrat où il n'est point partie.

(2) Quant aux contrats réels, il y a ici une confusion à éviter : sans doute le tiers qui vous transmet mon consentement peut être chargé aussi de vous livrer la somme ou la chose qui doit faire l'objet du contrat. Mais alors son rôle n'est plus celui d'un simple *nuntius*. En tant qu'il accepte la mission de transporter, de garder et de livrer la chose, il devient un mandataire (L. 1 § 11, *Dep.*, XVI, 3).

à faire : 1° tandis que la vente, le louage et la société obligent immédiatement les deux contractants, le mandat n'oblige d'abord que le mandataire : il est donc synallagmatique à la façon du commodat, du dépôt et du gage, et c'est pourquoi il engendre deux actions *mandati*, dont l'une est dite *directa* et l'autre *contraria;* 2° dans la société chaque partie joue le même rôle, porte le même nom et contracte les mêmes obligations; au contraire, dans la vente, le louage et le mandat, les noms, les rôles et les obligations diffèrent essentiellement.

DE LA VENTE.

SOMMAIRE : I. De la formation du contrat de vente. — II. De la *res* ou *merx*. — III. Du prix. — IV. Des obligations du vendeur. — V. Des obligations de l'acheteur. — VI. Des risques. — VII. Des modalités admises dans le contrat de vente, et spécialement des ventes sous condition résolutoire.

I. — DE LA FORMATION DU CONTRAT DE VENTE.

Lib. III, tit. XXIII, *De emptione et venditione*, pr. — Emptio et venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arrha quidem data fuerit : nam quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractæ. Sed hæc quidem de emptionibus et venditionibus quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet; nam nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est. In iis autem quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem et emptionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta, et, si per tabelliones fiant, nisi et completiones accepe-

La vente est contractée aussitôt qu'on est d'accord sur le prix, et cela quoique la numération du prix ne soit pas encore faite et qu'il n'ait pas même été donné d'arrhes; car les arrhes ne sont qu'une preuve de la formation du contrat. Toutefois cela ne doit s'entendre que des ventes faites sans écrit; car en cette matière nous n'avons pas innové. Mais à l'égard des ventes qui se font par écrit, nous avons décidé que le contrat ne serait parfait que lorsque l'acte aurait été ou écrit par les parties elles-mêmes, ou écrit par un tiers, mais signé par elles, et, s'il est rédigé par des tabellions, lorsqu'il serait complet et approuvé par les parties. En effet, tant qu'il y manque quelqu'une de ces formalités, il y a

rint, et fuerint a partibus absoluta : donec enim aliquid ex his deest, et pœnitentiæ locus est, et potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione. Ita tamen impune eis recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum : hoc enim subsecuto, sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum sit.

place au repentir, et l'acheteur aussi bien que le vendeur peuvent abandonner la vente impunément. Cependant ce n'est qu'autant qu'il n'a pas déjà été donné des arrhes que nous leur permettons de se dédire sans encourir de peine. Dans le cas contraire, qu'il s'agisse d'une vente par écrit ou d'une vente sans écrit, celui qui refuse de parfaire le contrat, si c'est l'acheteur, perd ce qu'il a donné, si c'est le vendeur, restitue le double de ce qu'il a reçu, et cela indépendamment de toute convention expresse sur les arrhes.

601. Il est convenu entre vous et moi que je vous procurerai une certaine chose (*res* ou *merx*) et que vous me donnerez en retour une somme d'argent déterminée (*pretium*). C'est cette convention que nous appelons vente et que les Romains appellent *emptio venditio*, expression plus complète qui a l'avantage de faire ressortir la distinction des deux rôles que ce contrat suppose (1). On donne le nom de vendeur à celui qui doit procurer la chose, d'acheteur à celui qui doit en fournir le prix. Le premier est investi de l'action *venditi*, le second de l'action *empti*.

Puisque la vente est un contrat consensuel et que ses éléments propres consistent dans la *merx* et le *pretium*, elle se forme à l'instant même où les parties s'accordent sur la chose et sur le prix avec l'intention arrêtée de s'obliger réciproquement. On dit dès lors que la vente est *perfecta*, ce qui signifie que les obligations qu'il est de sa nature d'engendrer sont nées (2). La perfection du contrat est donc indépendante de son exécution; elle n'implique ni tradition de la chose, ni numération du prix. Néanmoins, il est d'usage qu'en atten-

(1) Il arrive souvent que le contrat tout entier est désigné par un seul des deux mots *emptio* et *venditio*, et cela tient à ce qu'anciennement on leur donnait la même signification. Même remarque sur les mots *locatio* et *conductio* (LL. 19 et 20, *De act. empt.*, XIX, 1).

(2) Je suppose la vente pure et simple. Si elle est conditionnelle, elle ne se parfait que par l'événement de la condition (L. 8, *De per. et comm.*, XVIII, 6. — L. 7 pr., *De contr. empt.*).

dant l'exécution l'une des parties remette des arrhes à l'autre. Le plus souvent c'est l'acheteur qui les donne, et elles consistent en une somme d'argent : alors elles s'imputent sur le prix. Que si elles sont fournies par le vendeur ou si elles ne consistent pas en argent, celui qui les a données les répète, une fois son obligation exécutée, soit par l'action née du contrat, soit par une *condictio sine causa* (L. 11 § 6, *De act. empt.*, XIX, 1) (1). Mais, quel qu'en soit l'objet et de quelque côté qu'elles viennent, leur but unique est toujours de donner à chacun des contractants la pleine certitude du consentement de l'autre : elles ne forment donc pas le contrat, elles ne font que le prouver (Gaius, III, § 139. — L. 33 pr., *contr. empt.*, XVIII, 1) (2).

Tels sont les principes du droit classique. Sous Justinien, ils restent en vigueur toutes les fois que les parties ne se proposent pas de contracter la vente par écrit; je veux dire que, dans cette hypothèse, l'accord des volontés sur la chose et sur le prix suffit, comme autrefois, à parfaire le contrat, et que les arrhes restent ce qu'elles étaient anciennement, un simple moyen de preuve : *nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est*, disent les Institutes (pr. *sup.*). Pour le cas, au contraire, où l'intention des parties est de rédiger un écrit, une constitution de Justinien (L. 17, C., *De fid. instr.*, IV, 21) contient les deux innovations suivantes : 1° tant que l'écrit n'est pas complet, c'est-à-dire mis au net, signé des contractants, et même, s'il s'agit d'un acte public, signé des tabellions qui le reçoivent, il n'y a pas de vente, il n'y a qu'un projet que chaque partie reste libre d'abandonner sans encourir aucune peine (3). Cette première décision n'a rien de spécial à la vente, Justinien l'étend expressément à toute espèce de contrats (4); 2° cette pleine liberté laissée aux parties jusqu'à la rédaction de l'écrit suppose qu'il n'a pas été donné d'arrhes. En effet, la remise des arrhes devient dans notre hypothèse un con-

(1) Ce texte et d'autres encore (L. 5 § 15, *De inst. act.*, XIV, 3) prouvent qu'à titre d'arrhes on remettait volontiers un anneau. C'était un symbole de l'union des volontés.

(2) Un pacte spécial pouvait ajouter à l'effet des arrhes : ainsi on convenait quelquefois que celui qui les avait données aurait la faculté de résoudre le contrat sous la condition de ne pas les répéter (L. 7 pr., *De contr. empt.*, XVIII, 1).

(3) Le but certain de Justinien est de prévenir les procès. Ce but est-il atteint? Oui évidemment, lorsqu'il y a un écrit achevé ou non achevé. Mais dans le cas contraire, comment savoir avec certitude si les parties se proposaient ou ne se proposaient pas de rédiger un écrit?

(4) Sous le nom de contrats, Justinien embrasse ici toutes conventions propres à créer des obligations. Ce qui le prouve avec évidence, c'est qu'il mentionne expressément les donations.

trat spécial qui les place l'une et l'autre dans l'alternative ou de parfaire la vente ou de perdre une somme égale à la valeur des arrhes. Si donc nous supposons avec Justinien que c'est l'acheteur qui les a fournies et qu'elles consistent en argent, il ne pourra refuser d'acheter qu'en les abandonnant au vendeur, et celui-ci ne pourra refuser de vendre qu'en restituant une somme double. Cette décision, au surplus, s'applique soit que la remise des arrhes ait été ou non constatée par écrit (1); mais une fois la vente devenue parfaite par la rédaction de l'acte, les parties sont absolument tenues et ne peuvent plus se désister à aucun prix (2).

(1) Cette idée si clairement exprimée par la constitution de Justinien n'a pas été comprise des rédacteurs des Institutes, et de là l'insertion au *principium* de notre titre de quelques mots gros de difficultés, comme on va le voir à la note suivante.

(2) La décision de Justinien relativement aux arrhes a suscité d'interminables controverses. Ce qui est contesté, ce n'est pas la signification que je lui donne dans la matière des ventes faites ou à faire par écrit. La véritable question est de savoir si Justinien n'a pas voulu régler du même coup l'effet des arrhes qui interviennent à propos d'une vente faite ou à faire sans écrit. Le plus grand nombre des interprètes le croient, et ils s'appuyent sur les Institutes (pr. *sup.*), où nous lisons, en effet, que des arrhes données empêchent les parties de se dédire impunément, et cela *sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est*. Quant à moi, j'efface ces mots sans le moindre scrupule; car, outre qu'ils contredisent ce qui est affirmé quelques lignes plus haut, savoir, que Justinien n'a aucunement innové dans les ventes faites sans écrit, il est bien manifeste que le texte des Institutes ne saurait prévaloir sur celui de la constitution dont il prétend n'être qu'un simple résumé. Or d'un bout à l'autre la constitution se renferme dans l'hypothèse d'une vente qu'on se propose de rédiger par écrit. Quoi qu'il en soit, l'autorité des Institutes une fois admise, et selon moi admise à grand tort, il fallait rechercher quelle pouvait être la pensée de Justinien relativement aux ventes non écrites. Or de cette recherche sont sortis deux systèmes, l'un et l'autre condamnés d'avance par l'inexactitude de leur point de départ : 1° Justinien se référerait à la vente non écrite déjà parfaite, et il voudrait dire que tant qu'elle n'a pas été exécutée au moins par l'un des contractants, chacun peut la résoudre en sacrifiant les arrhes ou une valeur égale. Les arrhes produiraient donc ici un effet beaucoup plus radical qu'en matière de ventes écrites. Sans insister ici sur les textes qui contredisent cette doctrine (L. 3, C., *De obl. et act.*, IV, 10. — L. 3, C., *De resc. vend.*, IV, 44), ni sur les critiques qu'elle mérite au point de vue de l'équité, je remarque, et cela suffit à la réfuter, qu'elle aboutit, dans l'espèce, à faire de la vente non écrite un véritable contrat réel; 2° ce serait seulement avant la perfection du contrat, et lorsqu'il est encore à l'état de projet, que chaque partie pourrait se dédire en perdant les arrhes. Ce système ne mérite sans doute aucun des reproches adressés au précédent, et il s'accorde mieux avec la constitution de Justinien, dont toutes les expressions se réfèrent à une vente non encore parfaite. Mais quand on se demande ce qu'il signifie et dans quel cas il s'appliquerait, on ne le trouve pas : car si des arrhes ont été données, cela suffit, comme le disent les Institutes, à prouver la perfection du contrat, et si le contrat est encore imparfait, c'est que par hypothèse il n'a pas été donné d'arrhes.

II. — DE LA *merx* OU *res* (1).

Lib. III. tit. XXIII, *De emptione et venditione*, § 5. — Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, frustra quis sciens emit. Quæ tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur quod sua interest deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.

Celui qui achète sciemment un lieu sacré ou religieux, ou un lieu public, comme une place ou une basilique, fait un acte nul. Quant à celui qui, trompé par le vendeur, a cru acheter une chose profane ou privée, comme on ne la lui fait point avoir, il aura l'action *ex empto* à l'effet d'obtenir le montant de l'intérêt qu'il avait à n'être pas trompé. Il en est de même de celui qui a acheté un homme libre comme esclave.

602. Le principe est qu'il n'y a pas de vente *sine re* (L. 8 pr., *De contr. empt.*). Mais en quoi consiste la *res?* Pour répondre à cette question, il convient de remarquer avant tout que le domaine de la vente est beaucoup moins large que celui de la stipulation. Supposez, par exemple, que moyennant une somme déterminée un médecin s'engage à me fournir ses soins, un maître à affranchir son esclave, un artiste à tirer de mon marbre une statue; de telles conventions ne sont pas des ventes, et, d'une manière générale, il faut dire que, si l'on stipule valablement de simples faits, on ne les vend pas; et cela tient à ce que les faits envisagés non dans leurs résultats, mais en eux-mêmes, ne constituent jamais des éléments de notre patrimoine. Ce motif nous indique quelles sont les choses de nature à être vendues; ce sont celles qu'il est possible de faire entrer dans le patrimoine de l'acheteur (L. 34 § 1, *De contr. empt.*). Le développement de cette formule nous conduit à dire que la vente peut avoir pour objet : 1° une chose corporelle. — Peu importe, d'ailleurs, qu'elle appartienne au vendeur ou à un tiers (2), qu'elle ait une existence ac-

(1) Il y a des textes qui excluent de la signification du mot *merx* les immeubles et les esclaves (LL. 66 et 207, *De verb. sign.*, L, 16). Mais ils sont certainement inapplicables en notre matière (L. 1 pr., *De contr. empt.* — L. 1 pr., *De rer. perm.*, XIX, 4).

(2) Le caractère licite de la vente de la chose d'autrui ne saurait s'expliquer par cette idée que le vendeur ne s'oblige pas à transférer la propriété, car le promettant s'y oblige bien, et pourtant la promesse de la chose d'autrui est valable. Il

tuelle ou simplement future (1), qu'elle consiste en un corps certain ou en une quantité ; 2° un simple droit réel. — Mais ici une distinction est nécessaire. S'agit-il, en effet, d'un droit réel qui n'existe pas encore comme droit séparé de la propriété : la vente en est toujours admise, c'est-à-dire que le propriétaire peut ne le constituer que moyennant un prix. S'agit-il, au contraire, de droits réels déjà établis : on ne vend valablement, du moins comme objets distincts, que ceux qui peuvent changer de titulaire ou être exercés par un tiers. Ainsi l'usufruit, l'emphytéose et la superficie se vendent aussi bien que des choses corporelles. Le droit d'usage, au contraire, ne se vend pas (n°s 275 et 281). Quant aux servitudes prédiales et au droit d'hypothèque, à raison de leur caractère accessoire, les unes ne se vendent qu'avec le fonds dominant et l'autre qu'avec la créance qu'il garantit ; 3° une créance ou une action en justice ; — 4° une *universitas juris*, par exemple une hérédité ouverte ou un pécule. — Ce qu'il y a de particulier ici, c'est que la chose vendue est un composé d'actif et de passif.

En résumé, et les faits mis à part, toutes les choses qui peuvent être stipulées peuvent aussi être vendues. Mais n'allons pas conclure de là que partout où le contrat de stipulation serait nul à raison de son objet, la vente le soit aussi. Supposons, en effet, que je vous vende une chose hors de commerce ; sans doute il me sera impossible de la faire entrer dans votre patrimoine. Mais tandis que la stipulation serait invariablement nulle, la vente ne le sera, elle, qu'autant que vous aurez connu la nature de la chose. Que si vous l'avez ignorée, les textes du Digeste vous donnent l'action *ex empto* pour obtenir des

faut donc reproduire ici le motif par lequel j'ai justifié la possibilité d'une telle promesse (n° 509).

(1) Conformément aux principes généraux (n° 509 *in fine*), la vente d'une chose future est affectée d'une condition tacite ; elle reste en suspens jusqu'à la naissance de la chose. J'ajoute qu'elle est aléatoire toutes les fois que le prix en est fixé indépendamment de la quantité et de la qualité de la chose, et c'est là une pure question d'intention (L. 8 pr. ; L. 39 § 1, *De contr. empt.*). Une telle vente ne doit pas être confondue avec celle que les Romains appellent *emptio spei* : par exemple, j'achète le prochain coup de filet d'un pêcheur, quel qu'en soit le résultat. En ce cas l'obligation du vendeur se réduit à faire tout ce qu'il faut pour prendre du poisson et à livrer ce qu'il prendra. Mais retirât-il ses filets absolument vides, le prix lui serait néanmoins dû. L'objet de la vente consiste donc moins en une chose future qu'en une chance, et, à dire vrai, nous avons ici un cas exceptionnel où la vente peut exister sans chose vendue (L. 8 § 1, *De contr. empt.* — L. 11 § 18 ; L. 12, *De act. empt.*). Pour distinguer l'*emptio spei* de la vente d'une chose future proprement dite, les interprètes appellent cette dernière *emptio rei speratæ*.

dommages-intérêts, et cela sans distinguer, comme paraissent le faire les Institutes (§ 5 *sup.*), si moi-même j'ai été de bonne ou de mauvaise foi (LL. 4 à 6 pr.; L. 62 § 1; L. 70, *De contr. empt.* — L. 4, *Quib. ad lib. procl.*, XL, 13). Cette différence entre les deux contrats se rattache à une autre différence plus générale et plus profonde : c'est que l'un est de droit strict, et l'autre de bonne foi. Or s'obliger par un contrat de bonne foi, c'est s'engager à ne commettre aucun dol, et même, quand on ne rend pas un service gratuit, à répondre de toutes ses fautes. De deux choses l'une donc : ou le vendeur a su que la chose était hors du commerce, et il a commis un dol; ou il ne l'a pas su, et il a commis une faute, car on doit savoir ce qu'on vend. Le même raisonnement nous conduit, en principe, à la même doctrine pour le cas où la chose aurait déjà cessé d'exister au moment du contrat (1). Que si au contraire la chose vendue appartient déjà à l'acheteur ou si elle est de celles dont l'existence est impossible, il faut évidemment décider que la vente est nulle sans distinction comme le serait la stipulation elle-même; car la bonne foi de l'acheteur n'est pas plus excusable ici que celle du vendeur (L. 16 pr., *De contr. empt.*).

III. — DU PRIX.

Lib. III, tit. XXIII, *De emptione et venditione*, § 1. — Pretium autem constitui oportet; nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed et certum pretium esse debet. Alioquin, si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta, inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, sive constat venditio, sive non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quotiens sic composita sit venditio, *quanti ille æsti-*

Il doit y avoir un prix fixé; car aucune vente ne peut se former sans prix. En outre, le prix doit être déterminé. Mais dans l'espèce d'une convention portant que telle chose sera vendue pour le prix que Titius fixera, c'était chez les anciens une question très controversée que de savoir si la vente se forme ou non. Mais notre constitution a décidé que, toutes les fois que la vente est faite pour le prix qu'un tel fixera, le contrat se

(1) Je dis *en principe*, parce qu'il peut y avoir des cas où le vendeur n'ait rien à se reprocher. Du reste, quand la perte n'est que partielle, on conçoit que selon les hypothèses il y ait lieu, ou de dire la vente nulle, ou simplement de réduire le prix. Sur cette matière le Digeste contient deux textes évidemment remaniés par Justinien, et d'où, par conséquent, il est difficile de tirer les véritables règles du droit Romain (LL. 57 et 58, *De contr. empt.*).

maverit, sub hac conditione staret contractus, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum ejus æstimationem et pretium persolvatur, et res tradatur, ut venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditore autem ex vendito agente. Sin autem ille qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto. Quod jus, quum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere.

§ 2. — Item pretium in numerata pecunia consistere debet; nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti an homo, aut fundus, aut toga alterius rei pretium esse possit, valde quærebatur. Sabinus et Cassius etiam in alia re putant posse pretium consistere : unde illud est quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis et venditionis vetustissimam esse; argumentoque utebantur græco poeta Homero, qui aliqua parte exercitum Achivorum vinum sibi comparasse ait, permutatis quibusdam rebus, his verbis :

"Ενθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόεσσιν,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

(*Iliad.*, VII, v. 472 à 475.)

Diversæ scholæ auctores contra

forme sous condition, de telle sorte que si le tiers désigné détermine le prix, cela entraîne nécessité et de le payer et de livrer la chose, l'acheteur ayant, pour faire exécuter le contrat, l'action *ex empto*, et le vendeur l'action *ex vendito*. Que si, au contraire, le tiers désigné ne peut ou ne veut fixer le prix, alors la vente sera nulle, comme faite sans prix déterminé. Telle est la décision que nous avons admise pour la vente, et il n'est pas déraisonnable de l'étendre au louage.

De même le prix doit consister en argent monnayé. Mais ne peut-il pas consister en d'autres choses, et par exemple un esclave, un fonds, une toge ne peuvent-ils pas être le prix d'un autre objet? C'est un point qu'on a vivement controversé. Sabinus et Cassius estiment que le prix peut consister même en une autre chose. Et de là ce que l'on disait communément qu'en échangeant deux choses on contractait une vente, et que cette forme de vente est la plus ancienne de toutes. Ces jurisconsultes argumentaient d'un passage du poète grec Homère où il est dit que l'armée des Achéens se procurait du vin en échange de certaines choses. Voici les paroles :

Alors les Achéens chevelus se procurèrent du vin, en donnant les uns de l'airain, les autres du fer brillant, quelques-uns des cuirs

sentiebant, aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem : alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quæ videatur res venisse, et quæ pretii nomine data est; nam utramque videri et venisse, et pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus, a venditione separatam, merito prævaluit, quum et ipsa aliis Homericis versibus (1) adjuvatur, et validioribus rationibus argumentatur. Quod et anteriores divi principes admiserunt, et in nostris Digestis latius significatur.

ou des bœufs, d'autres des esclaves. Les auteurs de l'école opposée étaient dans un sentiment contraire : ils pensaient qu'autre chose est l'échange, autre chose la vente. Autrement, on ne pourrait, étant donné un échange, discerner quelle est la chose vendue et quelle est celle qui forme le prix; car, que l'une et l'autre soient considérées comme étant à la fois l'objet et le prix de la vente, c'est ce que la raison ne permet pas. Mais l'opinion de Proculus, qui voyait dans l'échange un contrat d'une espèce particulière et différent de la vente, a prévalu avec raison, car elle s'autorise également de certains vers d'Homère et se fonde d'ailleurs sur des raisons plus solides. C'est aussi la doctrine que les princes nos prédécesseurs ont admise et qui est amplement développée dans notre Digeste.

603. Le prix de vente doit consister en numéraire, être certain, et être sérieux. Reprenons successivement ces trois conditions.

1° Le prix de vente doit consister en numéraire (*in numerata pecunia*). — Cette règle paraît avoir été longtemps acceptée sans contestation, et nous la retrouvons également certaine dans le droit de Justinien (§ 2 *sup.*). Mais entre temps les Sabiniens l'attaquèrent avec vivacité, voulant qu'une chose quelconque, par exemple, un fond ou un esclave, pût fonctionner comme prix, en d'autres termes faisant rentrer l'échange dans la vente (2). Les Proculiens résistèrent à cette

(1) Voy. la loi 1 § 1, *De contrahenda emptione* (XVIII, 1).

(2) On a nié que l'opinion Sabinienne eût cette portée considérable. En effet, a-t-on dit, l'échange implique deux dations, tandis que dans la vente il n'y a que l'acheteur qui soit obligé de transférer la propriété. Donc la seule convention que les Sabiniens veuillent assimiler à la vente serait celle par laquelle l'une des parties s'engage à transférer la propriété d'une chose, l'autre partie s'engageant seulement à livrer une autre chose et à en garantir la possession. Cette façon de

doctrine et défendirent l'ancienne distinction. Pour saisir tout l'intérêt de la controverse il faudrait connaître les différences nombreuses qui, dans la théorie définitive, séparent l'échange proprement dit de l'échange spécial qu'on appelle vente. Je me contente pour le moment de signaler la principale : tandis que la vente se forme par le simple consentement, la convention d'échange est par elle-même dépourvue de valeur juridique, elle ne devient obligatoire et ne donne action que du jour où l'une des parties l'a exécutée en transférant la propriété de sa chose à l'autre partie. Évidemment donc les Sabiniens aboutissaient à faire de l'échange un contrat consensuel. Ils obtenaient ainsi un résultat fort équitable, mais ne l'obtenaient-ils pas aux dépens de la logique ? C'est ce que l'on va voir par un rapide examen des motifs allégués de part et d'autre (Gaius, III, § 141).

Le principal argument des Sabiniens consistait à dire que l'échange avait été la forme la plus ancienne de la vente (1). Plus clairement et plus complètement voici, je crois, quelle était leur pensée : dans le principe chacun échangeait directement les produits qu'il avait en surabondance contre d'autres produits qui lui manquaient. Mais, ce procédé étant d'une pratique incommode, on imagina de choisir une marchandise dont la valeur servirait à mesurer celle de toutes les autres, et qui pût en toute circonstance et sans inconvénient s'échanger contre une autre marchandise quelconque : cette fonction fut attribuée aux métaux précieux (2). Ainsi naquit la vente, qui, comme on le voit, n'est qu'un échange perfectionné, un échange dans lequel l'un des deux objets consiste en monnaie. Cela étant, aucune différence naturelle ne la sépare de l'échange proprement dit, de sorte qu'on ne peut pas, sans tomber dans l'arbitraire, avoir deux noms et deux séries de rè-

restreindre la controverse des deux écoles me paraît condamnée par tous les textes qui l'exposent, notamment par le plus important de tous, celui de Gaius (III, § 141).

(1) C'est seulement pour établir ce fait que les Sabiniens citaient des vers de l'*Iliade* (§ 2 *sup.*). Mais je ne pense pas qu'ils demandassent à Homère des arguments directs pour la démonstration de leur thèse. Du moins, Gaius ne le laisse pas soupçonner. Il est vrai que Paul paraît bien entendre la citation en ce sens (L. 1 § 1, *De contr. empt.*). Mais n'oublions pas que Paul réfute le système Sabinien, tandis que Gaius l'adopte, ou tout au moins, par respect pour ses maîtres, ne le combat pas. Cette observation nous dit assez de quel côté sont les meilleures garanties d'exactitude. On remarquera du reste que Paul est conduit à rendre le mot grec οἰνίζεσθαι par *emere*, c'est-à-dire à faire reposer la doctrine des Sabiniens sur une erreur de traduction.

(2) Paul explique avec beaucoup de clarté et de justesse les motifs qui firent abandonner l'échange primitif et consacrer l'usage des monnaies (L. 1 pr., *De contr. empt.*).

gles pour deux opérations qui sont véritablement identiques. Toutefois il ne faut pas rétrograder, et par conséquent ce n'est pas l'échange d'une chose contre une somme d'argent qui doit être assimilé à l'échange d'une chose contre une chose, c'est celui-ci qui doit être assimilé à celui-là. Telle était l'argumentation Sabinienne. Les Proculiens la réfutaient en montrant que les règles de la vente, telles qu'elles étaient organisées, ne pouvaient pas s'adapter à l'échange. Car, les obligations de l'acheteur n'étant pas les mêmes que celles du vendeur, il faut que nous puissions dans tous les cas discerner le rôle de chaque partie. Or si le prix consiste essentiellement en argent, nous avons un critérium qui ne nous trompera jamais : celui qui donne la somme d'argent sera l'acheteur, celui qui la reçoit sera le vendeur. Mais si l'on veut que l'échange constitue une vente, comment saura-t-on quelle est la chose vendue et quelle est celle qui fonctionne comme prix, par conséquent, quel est le vendeur et quel est l'acheteur? Car d'admettre que chaque chose soit à la fois chose vendue et prix de vente, et que l'une et l'autre partie cumulent les rôles de vendeur et d'acheteur, cela serait contraire à toute logique. La doctrine Sabinienne devait donc succomber parce qu'elle était incompatible avec l'organisation du contrat de vente. Quoiqu'on la discutât encore au temps de Paul, qui la combattit avec énergie (L. 1 § 1, *De contr. empt.* — L. 1 pr., *De rer. perm.*, XIX, 4), ce jurisconsulte, dans un de ses derniers ouvrages sans doute, la tient pour définitivement vaincue (L. 5 § 1, *De præscr. verb.*, XIX, 5), et avant la fin du IIIe siècle deux rescrits impériaux constataient et consacraient la défaite des Sabiniens (LL. 3 et 7, C., *De rer. perm.*, IV, 64). Quelque chose pourtant resta de leur doctrine. Si l'on suppose, en effet, qu'avant l'échange l'un des contractants se proposait de vendre sa chose pour en acquérir une autre, et que l'échange n'ait été pour lui qu'un moyen d'atteindre plus directement son but, n'est-on pas fondé à soutenir qu'il pourra être considéré comme vendeur? C'est la remarque que faisait Cœlius Sabinus, non pas, j'imagine, pour répondre à l'objection fondamentale des Proculiens, car cette objection garderait toute sa force tant pour le cas où aucune des parties n'a songé à vendre que pour le cas où elles y ont pensé toutes les deux, mais bien plutôt dans l'intention de restreindre la doctrine de ses maîtres à une hypothèse dans laquelle elle était d'une application facile et raisonnable (Gaius, III, § 141 *in fine*). Ce point de vue, qui n'était qu'une transaction entre les deux opinions extrêmes, fut ac-

cepté par l'empereur Gordien (L. 1, C., *De rer. perm.*, IV, 64) (1).

604. 2° Le prix doit être certain (*certum*). — Cela veut-il dire qu'il n'y ait pas de vente si le prix n'est déterminé et connu dès le moment du contrat? Non. Ainsi l'acheteur peut s'engager sans plus de précision à payer la somme actuellement contenue dans sa caisse ou une somme égale à celle que la chose a coûtée au vendeur (L. 7 § 1, *De contr. empt.*). Il suffit donc que le contrat fournisse les éléments de la détermination du prix, par conséquent la rende désormais indépendante de la volonté des contractants et exclue tout débat entre eux. Concluons de cette règle que la vente est nulle lorsque la fixation du prix est abandonnée à l'une des parties (L. 7 pr., *De contr. empt.*) ou remise à l'arbitrage d'un tiers qu'elles se réservent de choisir ultérieurement (L. 25 pr., *Loc.*, XIX, 2). Mais que décider si le contrat confie cette mission à Titius ou à toute autre personne individuellement désignée? D'une part, il est évident que les parties n'ont plus à intervenir, et ce serait une raison pour valider la convention. D'autre part, il n'est pas bien sûr que Titius puisse ou veuille répondre à l'appel qui lui est adressé, et en se plaçant à ce point de vue on serait tenté de nier l'existence d'une vente dans laquelle peut-être il n'y aura pas de prix. En présence de ces considérations opposées, les jurisconsultes se divisèrent (Gaius, III, § 140). Mais Justinien décida fort sagement que la vente vaudrait comme faite sous cette condition : si le tiers indiqué peut et veut fixer le prix (§ 1 *sup.* — L. 15, C., *De contr, empt*, IV, 38).

3° Le prix doit être sérieux (*verum*) (2). — Il le sera si le vendeur est dans l'intention de l'exiger et l'acheteur de le payer. Cette intention manquant, le prix est dit fictif ou simulé, et l'opération, quoique les parties l'aient qualifiée vente, tombe dans la classe des donations; par conséquent, sans rappeler ici toutes les règles spéciales auxquelles elle est soumise à ce titre, il est clair qu'elle ne constitue plus un contrat et qu'avant Justinien elle n'acquiert de valeur juridique que par l'exécution (LL. 3 et 9, C., *De contr. empt.*, IV, 38) (3).

(1) On paraît avoir toujours admis sans difficulté que le prix de vente peut comprendre, accessoirement à une somme d'argent, des prestations d'une autre nature (L. 79, *De contr. empt.* — L. 6 § 1, *De act. empt.*). Ici, en effet, il n'y a pas de doute possible sur le rôle respectif des parties. Même observation en ce qui concerne la *merces* dans le louage (L. 19 § 3, *Loc. cond.*, XIX, 2).

(2) Voy. cette expression dans un passage d'Ulpien (L. 10 § 2, *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2).

(3) Cependant il y a des cas où l'on admet la validité d'une vente faite *nummo uno* (Gaius, II, §§ 52 et 557. — L. 66, *De jur. dot.*, XXIII, 3). Mais c'est là un simple expédient pour donner force de contrat à des conventions que l'on ne veut pas laisser sans effet

Le prix sérieux ne se confond pas avec le juste prix, c'est-à-dire avec celui qui représente exactement la valeur courante de la chose. En effet, deux personnes qui traitent à titre onéreux cherchent volontiers à faire une bonne affaire aux dépens l'une de l'autre, et la loi, forcée d'être plus indulgente que la morale (1), ne le leur défend pas, pourvu qu'elles restent en deçà de la ligne un peu indécise qui sépare l'habileté du dol (L. 16 § 4, *De min.*, IV, 4. — L. 22 § 3; L. 23, *Loc.*, XIX, 2). La vente est donc valable, quelque inégalité qu'on puisse relever entre la valeur de la chose et le prix convenu. Mais il importe de distinguer si cette inégalité est volontaire ou non. Pour me faire comprendre, je me placerai spécialement dans l'hypothèse que les textes envisagent le plus volontiers, celle d'une vente à vil prix. Or, de deux choses l'une : Ou c'est intentionnellement que le vendeur s'est contenté d'un prix très faible, et alors nous avons tout ensemble une vente et une donation, il faut donc appliquer distributivement les règles de ces deux sortes d'actes (2) ; néanmoins l'opération vaut pour le tout comme vente, en ce sens que le consentement suffit à la parfaire entre personnes respectivement capables de se faire des libéralités entre vifs (L. 38, *De contr. empt.*). Ou, au contraire, c'est parce que le vendeur n'a pas réussi à trouver de meilleures conditions qu'il a accepté les offres de l'acheteur; en d'autres termes, il est lésé. Ici l'acte conserve pour le tout son caractère de vente, et cette vente est inattaquable, quel que soit le chiffre de la lésion. Telle fut du moins la législation classique; mais Dioclétien la modifia en décidant que, toutes les fois que le prix serait inférieur à la moitié de la valeur réelle, le vendeur pourrait faire rescinder le contrat et recouvrer sa chose en restituant le prix, à moins que l'acheteur ne préférât la garder en payant lui-même le supplément du juste prix (LL. 2 et 8, C., *De resc. vend.*, IV, 44) (3). Le motif évident de cette innovation, d'ailleurs fort sujette à critique, c'est que le vendeur a subi la pression du besoin, et ce motif nous dit assez qu'il n'a jamais pu être question d'accorder la rescision à l'acheteur lésé.

(1) A cet égard on peut consulter les belles pages de Cicéron (*De off.*, III, 12 et suiv.).

(2) Certains jurisconsultes, dont l'opinion paraît n'avoir point prévalu, voulaient qu'entre époux un tel acte fût tout entier nul (L. 17 pr., *Ad sct. Vell.*, XVI, 1. — L. 5 § 5, *De don. int. vir.*, XXIV, 1).

(3) Il y a des interprètes qui restreignent la décision de Dioclétien aux ventes d'immeubles. Mais le texte de la loi 2 repousse cette restriction.

IV. — DES OBLIGATIONS DU VENDEUR.

605. Un texte célèbre de Paul (L. 1 pr., *De rer. perm.*, XIX, 4) compte trois obligations à la charge du vendeur, savoir : livrer la possession, promettre garantie de l'éviction (1) et s'abstenir de tout dol. Cette énumération prête à une double critique. D'abord, ce n'est qu'en certains cas que la promesse relative à l'éviction est exigée, et à l'origine elle ne le fut jamais ; mais à toute époque, sans qu'aucune promesse fût nécessaire à cet effet, le vendeur paraît avoir été tenu absolument d'indemniser l'acheteur évincé. Je dirai donc simplement qu'il est garant de l'éviction. En second lieu, le vendeur est responsable de certains vices de la chose vendue ; cette obligation peut, il est vrai, être considérée comme une dépendance et un complément de celle de livrer ; néanmoins, comme elle ne dériva pas toujours de la vente et qu'elle ne fut créée que par l'édit des édiles curules, je crois devoir la classer et l'étudier à part. En résumé donc, nous plaçant à l'époque où la théorie de la vente a reçu son dernier développement, nous trouvons que, par le seul effet du contrat et indépendamment de toutes conventions spéciales, le vendeur est soumis à quatre obligations.

De l'obligation de livrer. — Ce n'est pas une simple remise matérielle que le vendeur doit à l'acheteur ; il doit, dit Paul, lui livrer la possession. Or, comme on ne tient pour possesseur que celui auquel la possession ne peut pas être enlevée (L. 22, *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2), ces expressions signifient que l'acheteur doit être mis en mesure de se défendre victorieusement contre quiconque lui disputerait la possession par la voie d'un interdit. A cette condition il aura ce qui lui est dû, la *vacua possessio* (L. 2 § 1 ; L. 3 pr. ; L. 11 § 13, *De act empt.*). Mais là s'arrête l'obligation de livrer ; elle est donc réputée accomplie, encore que la chose appartienne à un tiers qui d'un jour à l'autre peut venir la revendiquer (L. 3, C., *De evict.*, VIII, 44). En d'autres termes, et d'une manière plus générale, le vendeur n'est pas tenu de transférer la propriété (L. 25 § 1, *De contr. empt.*). Mais je montrerai bientôt que cette proposition est loin d'a-

(1) Les deux obligations de livrer et de garantir peuvent être envisagées comme deux branches d'une seule et même obligation qui consiste à faire avoir la chose à l'acheteur (*præstare habere licere*). Ce point de vue ressort d'un texte d'Ulpien (L. 38 § 3, *De verb. obl.*).

voir au point de vue pratique la pleine signification que sa formule paraît comporter (t. II, p. 471, note 2).

A. L'obligation de livrer ainsi définie, il faut savoir au juste sur quoi elle porte. Or, à cet égard, il y a trois règles à poser : 1° le vendeur doit livrer tout ce qu'il a vendu. S'il livre moins, le surplus peut lui être demandé par l'action *ex empto*. Et réciproquement, lorsque par erreur il lui arrive de livrer davantage, il peut se faire restituer l'excédent. Mais comme ce droit ne tire pas son origine du contrat, on ne le sanctionne que par une *condictio* (L. 18 § 3, *De dol. mal.*, IV, 3) (1) ; 2° avec la chose vendue doivent être livrés tous ses accessoires, et j'appelle ainsi les objets qui, quoique non exprimés dans le contrat, s'y trouvent tacitement compris d'après l'intention des parties, ou, si elle n'apparaît pas, d'après les usages (L. 13 § 31 ; LL. 14 à 18 ; L. 38 § 2, *De act. empt.*) ; 3° enfin, doivent être livrés tous les fruits et produits que la chose a donnés depuis le jour où l'acheteur a pu exiger la tradition (Paul, II, 17 § 7. — *Fr. Vat.*, § 15) (2) ; car les Romains considèrent le droit aux fruits et aux produits comme contenu dans le droit à obtenir la *vacua possessio* (L. 3 § 1, *De act. empt.* — L. 4 pr., *De usur.*, XXII, 1).

L'obligation de livrer entraîne comme conséquence celle de garder la chose jusqu'à la tradition (L. 36, *De act. empt.*). L'étendue de cette obligation secondaire sera déterminée à propos de la question des risques (n° 612).

(1) Supposons que, vendant un fonds déterminé, j'en déclare la contenance. Si ma déclaration est inexacte, cela ne fait pas que la tradition puisse être considérée comme contenant moins ou plus que la vente elle-même. Car ce n'est pas tel nombre d'arpents que j'ai vendu, c'est le fonds tel qu'il est. Est-ce à dire qu'une telle inexactitude reste sans conséquence? Il faut distinguer : si la contenance réelle est inférieure à la contenance déclarée, le prix doit dans tous les cas subir une réduction proportionnelle, cela résulte de l'engagement contenu dans ma déclaration (L. 4 § 1 ; L. 6 pr., *De act. empt.* — L. 69 § 6, *De evict.*, XXI, 2). Est-ce, au contraire, la contenance déclarée qui est inférieure à la contenance réelle, ici de deux choses l'une : ou j'ai vendu pour un prix unique, et ce prix reste tel qu'il a été fixé, la contenance n'étant censée déclarée qu'à titre de renseignement ; ou bien j'ai vendu à tant la mesure, et alors, comme les parties ont évidemment voulu que chaque mesure fût payée, le prix total s'élève proportionnellement à la différence qu'il y a entre la contenance déclarée et la contenance réelle (L. 40 § 2, *De contr. empt.* — L. 3 § 3, *Si mens. fals. mod.*, XI, 6). Au surplus, il est possible que, plusieurs fonds étant vendus ensemble, les uns contiennent plus et les autres moins qu'il n'a été déclaré. Faut-il en ce cas établir une sorte de compensation? Les Romains paraissent avoir discuté la question (L. 4 § 1 ; L. 22 ; L. 42, *De act. empt.*).

(2) J'en dis autant des acquisitions que le vendeur a pu faire par l'intermédiaire de l'esclave vendu (L. 13 § 18, *De act. empt.*).

606. *De la garantie de l'éviction* (1). — L'acheteur est réputé évincé toutes les fois que la chose lui est enlevée par l'effet d'une sentence rendue sur le fond du droit, ou qu'il ne la conserve qu'en vertu d'un titre nouveau. Prévenir et au besoin réparer de tels résultats, tel est l'objet de l'obligation de garantie (2). L'acheteur peut donc avant tout exiger que son vendeur le défende contre quiconque élève des prétentions à la propriété de la chose (L. 74 § 2, *De evict.*); subsidiairement, il a le droit de se faire indemniser de tout le préjudice qu'il n'aurait pas subi s'il eût été rendu propriétaire. Entendue dans ce sens large, l'obligation de garantie existe indépendamment de toute convention spéciale et trouve une sanction dans l'action *ex empto* (L. 6, C., *De evict.*, VIII, 45). Néanmoins, dès une époque reculée on voit les acheteurs stipuler pour le cas d'éviction une peine qui consiste en une somme d'argent déterminée, ordinairement le double du prix (3). Cet usage, il est vrai, ne fut jamais absolument général : il y eut des provinces qui ne l'acceptèrent pas (L. 6, *De evict.*), et là même où on l'admit, ce ne fut que dans les ventes purement spontanées (L. 49, *Fam. ercisc.*, X, 2) et seulement pour les meubles d'une certaine valeur et pour les immeubles (L. 37 § 1, *De evict.*) (4). Sous le bénéfice de ces réserves la promesse du double finit par devenir obligatoire, c'est-à-dire qu'il fallut une convention spéciale pour en dispenser le vendeur (L. 37 pr., *De evict.*) (5). Cette doctrine découlait naturellement de la règle d'après laquelle les usages sont réputés avoir été pris en considération dans les contrats de bonne foi, et elle-même engendra une

(1) L'idée de garantie s'exprime par le mot *auctoritas*, qui parfois désigne aussi l'action en garantie (Paul, II, 18 §§ 1 et 3. — L. 76, *De evict.*).

(2) Si l'acheteur ne succombe que sur un interdit, il n'est pas évincé, puisque la ressource de l'action *in rem* lui reste. Mais, cette action dût-elle triompher, il peut agir *ex empto;* car il n'a reçu qu'une tradition incomplète, et il en éprouve un préjudice (L. 35, *De act. empt.*).

(3) La stipulation pouvait aller jusqu'au triple ou au quadruple, comme aussi se restreindre au simple ou même rester au-dessous (L. 56 pr.; L. 74 pr., *De evict.*).

(4) Il me semble ressortir de ce texte que dans les ventes d'esclaves la *stipulatio duplæ* était formellement prescrite par l'édit des édiles. On peut entendre dans le même sens un texte de Pomponius (L. 5 pr. *in fine*, *de verb. obl.*).

(5) Dans ce texte, confirmé par beaucoup d'autres, Ulpien fait remarquer que le vendeur n'est pas naturellement tenu de *satisdare*. Que si ailleurs (L. 11 § 9, *De act. empt.*) le même jurisconsulte paraît dire le contraire, cela tient sans nul doute à ce qu'il prend improprement le mot *satisdare* dans le sens de *cavere* (promettre).

conséquence remarquable : c'est que, la promesse du double ayant été omise au moment du contrat, l'acheteur put l'exiger après coup par l'action *ex empto* (L. 2, *De evict.*) (1) ; mieux que cela, il put la tenir pour sous-entendue, et, l'éviction se réalisant, cette même action *ex empto* lui suffit pour obtenir le double qu'il n'avait jamais stipulé (L. 37 § 2, *De evict.* — Paul, II, 17 § 2. — *Fr. Vat.*, § 8) (2). Néanmoins il était sage à lui de faire une stipulation expresse et de la faire au moment même du contrat, de peur que son silence ne vînt à être interprété comme la marque d'une renonciation.

En résumé donc, l'acheteur évincé est toujours muni de l'action *ex empto*, et dans la plupart des cas il peut aussi recourir à l'action *ex stipulatu duplæ*, cette dernière expression conprenant ici l'action *ex empto* elle-même quand elle est intentée pour faire valoir une stipulation sous-entendue. Que si l'on essaye de comparer ces deux actions, une première différence éclate relativement à l'office du juge. En effet, l'action *ex empto*, étant *incerta*, comme toutes les actions de bonne foi, lui laisse la plus large faculté d'appréciation, tandis que l'action *ex stipulatu duplæ*, tendant à obtenir une somme d'argent qui ne peut être ni augmentée ni diminuée, le renferme dans l'examen de cette simple question : la condition qui affectait la stipulation est-elle ou n'est-elle pas réalisée ? La différence des résultats est plus importante encore. Par l'action *ex empto*, l'acheteur recouvre d'abord la valeur de la chose ; mais cette valeur s'apprécie au jour de l'éviction et non pas au jour du contrat, de telle sorte qu'elle peut excéder le prix de vente comme aussi ne pas l'atteindre (L. 70, *De evict.*) (3). En outre et accessoirement, l'acheteur obtient le rem-

(1) Le vendeur ainsi actionné ne peut être condamné qu'autant qu'il refuse *in judicio* de faire la promesse du double. Mais là-dessus deux questions se posent : 1° cette condamnation est-elle du double ? Ainsi le décide Paul (L. 2, *De evict.*). Ulpien, au contraire, veut qu'elle soit égale au plus grand risque couru par l'acheteur, et ce risque lui-même se confond avec le préjudice qui résulterait de l'éviction (L. 11 § 9, *De act. empt.*) ; 2° la condamnation, quel qu'en soit le montant, s'exécute-t-elle avant que l'éviction se réalise ? Si l'on admet l'affirmative, le vendeur qui n'a pas fait la promesse sera de pire condition que celui qui l'a faite.

(2) Un texte de Javolénus (L. 60, *De evict.*) prouve qu'au commencement du second siècle de l'ère chrétienne la stipulation du double n'était encore ni réputée sous-entendue, ni exigible après coup.

(3) Contrairement à ce texte tout à fait formel, on a prétendu que l'acheteur recouvre toujours l'intégralité de son prix, alors même que la chose ne le vaut pas, et en ce sens on a cité des textes qu'il est bien facile d'expliquer en les entendant de l'hypothèse la plus ordinaire, celle où la valeur de la chose n'a pas changé entre la vente et l'éviction (L. 13 § 9, *De act. empt.* — L. 84 § 5, *De leg.* 1°, XXX).

boursement des dépenses qu'il n'a pas pu se faire restituer par le propriétaire (L. 45 § 1, *De act. empt.*), la valeur des fruits et plus généralement celle de toutes les acquisitions qu'il avait faites à l'occasion de la chose et que l'éviction lui enlève (L. 8, *De evict.*). En un mot, la condamnation se mesure exactement sur le préjudice causé par l'éviction (LL. 9 et 23, C., *De evict.*, VIII, 45). Tout au contraire, l'action *ex stipulatu duplæ*, par cela même qu'elle a pour objet une somme fixe, peut, et c'est le cas ordinaire, procurer un bénéfice à l'acheteur; mais il est possible aussi qu'elle ne l'indemnise pas complètement, et c'est ce qui arrive lorsque le prix de vente est inférieur soit au préjudice envisagé en dehors de la valeur de la chose, soit à la plus-value fortuite de la chose elle-même, soit enfin à la somme de ces deux éléments (1).

607. La partie la plus essentielle et la plus délicate de notre comparaison a pour objet les conditions mises à l'exercice des actions *ex empto* et *ex stipulatu duplæ*. Or il y a des conditions exigées pour l'une et pour l'autre, et il y en a de spéciales à l'action *ex stipulatu*. Voici d'abord les conditions communes :

1° Il faut que l'éviction ait pour cause le défaut de droit du vendeur (2). Si donc l'acheteur n'échoue dans l'action en revendication que par l'injustice ou l'erreur du juge, c'est lui seul qui supporte le dommage. Car au nom de quel principe le ferait-on de préférence

Sans insister sur cette opinion unanimement rejetée aujourd'hui, je ferai remarquer que la doctrine Romaine se justifie très bien au point de vue de la pure logique. En effet, l'éviction ne résout pas le contrat; il subsiste donc comme fait générateur d'une obligation qui n'est pas exécutée, et, selon la règle ordinaire, on doit se contenter d'apprécier le préjudice résultant de cette inexécution. Reste à voir si cette logique est bien conforme à l'équité. Or, à cet égard, la critique me paraît permise. On a beau dire, en effet, que l'éviction n'ôte rien à l'acheteur au delà de la valeur actuelle de la chose, elle lui ôte aussi la chance des plus-values futures, et, ce qui est surtout choquant, le vendeur, qui pourtant n'est pas exempt de faute, réalise un bénéfice qu'il ne ferait pas s'il n'eût point vendu.

(1) Dans des cas pareils le vendeur, après avoir agi *ex stipulatu duplæ*, conserve l'action *ex empto* pour tout ce qu'elle a de plus avantageux, et cela par application des principes exposés sur la stipulation pénale (n° 541).

(2) Cela signifie-t-il que l'éviction doive nécessairement procéder d'une cause antérieure à la vente? Quelques textes s'expriment en ce sens (L. 11, *De evict.* — L. 1, C., *De per. et comm.*, IV, 48). Mais cela tient à ce qu'ils confondent fort inexactement les questions de garantie avec les questions de risques. Supposons, en effet, qu'ayant vendu successivement le même fonds à deux personnes, je le livre d'abord au second acheteur, puis au premier. N'est-il pas certain que ce premier acheteur évincé par le second recourra valablement contre moi? Et pourtant la cause de son éviction n'existait pas au jour où il contractait.

retomber sur le vendeur (L. 51 pr., *De evict.* — L. 15, C., *De evict.* — *Fr. Vat.*, § 10) ?

2° Il faut que l'éviction ne puisse être imputée ni à la volonté ni à l'imprudence de l'acheteur (1). De cette idée, féconde en applications de détail (2), découlent deux règles véritablement générales : 1° l'éviction dont la cause était connue de l'acheteur au jour du contrat est réputée mise à ses risques sauf convention contraire, et en conséquence on lui refuse jusqu'à la répétition de son prix (LL. 9 et 27, C., *De evict.*) (3); 2° l'acheteur, menacé de perdre la chose par l'effet d'une action en justice, doit, sauf convention contraire ou impossibilité tenant au fait du vendeur, lui dénoncer la poursuite avant que l'affaire soit en état (L. 29 § 2; L. 55 § 1; L. 63 pr., *De evict.*) (4); sinon, il encourt déchéance, et cela parce qu'il a pu ignorer et omet-

(1) Ce principe souffre quelques exceptions fondées sur l'équité. On en trouvera une dans un texte que j'analyse plus loin (L. 19 § 3, *De neg. gest.*, p. 461, note 4). En voici une autre : je vends et livre une chose qui ne m'appartient pas; puis j'en deviens propriétaire et m'avise de la revendiquer contre mon acheteur. Si celui-ci, au lieu de m'opposer, comme il le pourrait, l'exception *rei venditæ et traditæ*, se laisse évincer, on lui donne néanmoins les actions *ex stipulatu* et *ex empto*, et cela n'est pas difficile à expliquer : car qu'ai-je voulu, en agissant contre lui, si ce n'est lui donner le choix entre la conservation de la chose ou l'action en garantie (LL. 17 à 19; L. 73, *De evict.*)?

(2) En voici plusieurs : 1° l'acheteur, qui aurait pu s'assurer le rôle de défendeur à la revendication, a été par sa faute obligé de prendre celui de demandeur et a succombé faute de preuves, et cela contre un adversaire qui lui-même et pour la même raison n'aurait pu réussir comme demandeur (L. 29 § 1, *De evict.*); 2° l'acheteur a fait défaut devant le juge et a succombé pour n'avoir pas fourni ses moyens; 3° il a consenti à soumettre la question de propriété à des arbitres qui l'ont tranchée contre lui; 4° il a volontairement négligé d'usucaper (LL. 34 pr., 55 pr., et 56 §§ 1 et 3, *De evict.*). D'autres exemples se rencontrent encore (LL. 34 pr.; 63 § 2; 66 pr., *De evict.*).

(3) Tout le monde reconnaît que l'acheteur de mauvaise foi ne peut ni agir *ex stipulatu duplæ*, ni demander des dommages-intérêts. Mais quelques interprètes, déterminés par un texte qui n'a pas trait à la question (L. 1, C., *Si vend. pign.*, VIII, 30), lui accordent la répétition de son prix, et cela nonobstant la décision formelle de la loi 27, décision au surplus confirmée par un argument d'analogie emprunté à la matière du partage (L. 7, C., *Comm. utr. jud.*, III, 38). Toutefois il y a dans la législation de Justinien un cas exceptionnel où la mauvaise foi de l'acheteur ne l'empêche pas de se faire restituer son prix (L. 3 § 4, C., *Comm. de leg.*, VI, 43).

(4) Lorsque le vendeur a laissé plusieurs héritiers, la dénonciation doit être faite à tous; mais s'il y en a un qui néglige d'y répondre, ce qui est jugé pour ou contre les autres est également réputé jugé pour ou contre lui. Seulement la condamnation prononcée contre ceux qui ont défendu se restreint toujours à leur part (L. 62 § 1, *De evict.* — L. 85 § 5, *De verb. obl.*). Tout cela veut dire qu'on tient pour indivisible l'obligation de défendre l'acheteur, mais non pas celle de l'indemniser

tre d'excellents moyens de défense que le vendeur averti lui aurait indiqués (L. 9, C., *De evict.*) (1).

3° Il faut que l'acheteur soit intéressé à faire valoir l'obligation de garantie. Supposons, par exemple, que la chose périsse fortuitement entre ses mains avant qu'il ait été inquiété ; voilà l'éviction rendue impossible, donc la sécurité acquise au vendeur (L. 21 pr., *De evict.*) (2). Supposons encore que celui-ci ait accepté le mandat de défendre à la revendication, et que, faute de restituer, il ait été condamné. Comment l'acheteur aurait-il un recours, puisqu'il garde la chose et qu'assurément il n'est pas tenu au remboursement de la condamnation prononcée contre le vendeur (L. 21 § 2, *De evict.*) (3) ?

Abordons maintenant les règles particulières à l'action *ex stipulatu duplæ*. Fort probablement, l'acheteur stipulait à peu près en ces termes : *spondes mihi duplam pretii si res a me evicta fuerit?* Il y avait là une condition qui tenait en suspens l'obligation de payer la peine du double, et cette condition fut interprétée dans le sens le plus littéral et le plus étroit. De là les quatre règles suivantes :

1° Il faut qu'une sentence judiciaire ait déclaré l'acheteur sans droit sur la chose (4), et quand je dis l'acheteur, je comprends sous

(1) La dénonciation faite au vendeur nous explique pourquoi l'acheteur qui succombe et qui n'appelle pas de la sentence conserve néanmoins son recours (L. 63 § 1, *De evict.*). En effet, le vendeur averti peut user lui-même du droit d'appel qui appartient à l'acheteur (L. 4 § 3, *De appell.*, XLIX, 7).

(2) Supposons que la perte survienne dans le cours de l'instance engagée sur la revendication. Si le juge statue contre l'acheteur, celui-ci aura certainement l'action *ex stipulatu duplæ* (L. 16 pr., *De rei vind.*, VI, 1. — L. 11, *Jud. solv.*, XLVI, 7). Mais n'aura-t-il pas aussi l'action *ex empto?* Je le crois, malgré l'avis contraire de quelques interprètes. Et, en effet, sur quoi repose la décision des textes que je cite? Sur ce principe que le demandeur qui triomphe doit avoir les mêmes avantages que si la sentence eût été rendue au moment même où il intentait son action. Or, ce principe est général, et même, selon toute vraisemblance, il fut admis dans les actions de bonne foi avant de l'être dans celles de droit strict (n° 772, *in fine*). Au surplus, la solution que je donne est textuellement écrite dans une constitution de Justinien (L. 2, C., *De ass. toll.*, VII, 17).

(3) On rencontre plusieurs autres cas où l'acheteur est sans action faute d'intérêt (LL. 25, 51 § 2, 75, *De evict.*).

(4) Voici l'analyse de deux textes qui font bien ressortir cette nécessité absolue d'une sentence judiciaire : 1° je gère les affaires de Primus, et de bonne foi j'achète un esclave qui lui appartient. Si je découvre mon erreur avant d'avoir achevé l'usucapion, je dois chercher quelqu'un qui consente à revendiquer la chose au nom de Primus. Ainsi évincé, je conserverai le droit d'agir *ex stipulatu*, tandis que l'usucapion achevée m'enlèverait ce droit (L. 19 § 3, *De neg. gest.*, III, 5); 2° j'ai acheté de bonne foi un homme libre, et le jour où je découvre mon erreur, cet homme est *in libertate*. Or c'est une règle générale que celui qui de mauvaise foi intente la

ce nom tous ses ayant-cause même à titre particulier (L. 22 § 1, *De evict.*). Du reste peu importe sur quel genre d'action cette sentence intervient. Ce sera d'ordinaire sur une action *in rem* (L. 35, *De act. empt.*), parfois sur un *judicium liberale* (L. 25, C., *De evict.*) (1), exceptionnellement sur une action en partage (L. 34 § 1, *De evict.*). Par cette première condition, très rigoureusement conforme au sens étymologique du mot *evictio* (*vincere ex*, mettre dehors par une victoire), le domaine de l'action *ex stipulatu duplæ* nous apparaît beaucoup plus restreint que celui de l'action *ex empto*. Que par exemple, ayant acheté la chose d'autrui, j'en acquière ultérieurement la propriété, soit comme héritier du propriétaire, soit parce qu'il me l'a vendue, donnée, léguée, constituée en dot, voilà autant de circonstances qui me préservent à jamais d'une éviction judiciaire. Et néanmoins, dans ces hypothèses comme dans toutes celles où je ne garde la chose qu'en vertu d'un titre nouveau, l'action *ex empto* ne saurait m'être refusée (LL. 9. 24, 29 pr., 41 § 1, *De evict.* — L. 13 § 15, *De act. empt.* — Paul, II, 17 § 8).

2° Il faut qu'au jour de la sentence rien ne manquât à l'acheteur pour avoir la propriété, si ce n'est de tenir son titre du propriétaire. Plus clairement, il faut qu'il eût déjà reçu la tradition ou la mancipation, et que de son côté il eût ou payé le prix ou fourni satisfaction à ce titre (Paul, II, 17 §§ 1 et 3. — L. 11 § 2, *De act. empt.* — LL. 61 et 62 pr., *De evict.*). Jusque-là, en effet, le vendeur, quoique propriétaire, n'aliène pas. Donc aussi, quand la propriété ne lui appartient pas, elle n'a pas pu paraître transférée, et, en réalité, le jugement qui déclare le droit d'un tiers dépouille plutôt le vendeur que l'acheteur. Par conséquent, celui-ci n'a à son service que l'action *ex empto*.

3° Il faut que la sentence porte sur la chose principale, sur cette chose tout entière. L'action *ex empto* est donc seule possible à raison

vindicatio in servitutem commet un délit d'injures (n° 797). Ici néanmoins je dois y recourir, si je veux conserver mon action *ex stipulatu* (L. 12, *De inj.*, XLVII, 10).

(1) Il y a ici une remarque à faire : en général celui qui achète de bonne foi une chose hors du commerce ne peut jamais exercer que l'action *ex empto*. Comment donc se fait-il, car cela résulte du texte cité et d'un grand nombre d'autres (L. 39 § 3; L. 69 pr., *De evict.* — LL. 12, 18, 21, C., *De evict.*), que l'action *ex stipulatu duplæ* soit admise au profit de celui qui a acheté un homme libre qu'il croyait esclave? Ma réponse est que dans ce dernier cas une action proprement dite est nécessaire pour déposséder l'acheteur, tandis qu'à l'égard de toute autre chose hors du commerce ce résultat s'obtient par des voies plus simples.

des produits et accessoires (LL. 5, 8, 16 pr., 42 et 43, *De evict.*) (1), et même, sauf convention contraire, lorsque l'éviction se restreint à une part de la chose (L. 56 § 2, *De evict.*) (2).

4° Il faut enfin que, par une suite directe et définitive de la sentence qui tranche la question de droit, l'acheteur se trouve dépouillé ou de la chose ou de sa valeur (*corpus aut pecuniam*, L. 21 § 2, *De evict.*) (3). Pour éclaircir le sens de cette formule, plaçons-nous avec Pomponius (L. 16 § 1, *De evict.*) dans l'hypothèse la plus ordinaire, celle d'une revendication. De deux choses l'une : ou l'acheteur joue le rôle de demandeur, et alors la sentence qui le déclare sans droit se présente sous la forme d'une absolution du défendeur; elle consacre donc la possession de ce dernier, partant donne ouverture immédiate à l'action *ex stipulatu duplæ*, à moins que par hasard l'acheteur n'ait l'espérance de ressaisir la chose par une autre action, telle que la Publicienne, cas auquel il ne peut pas encore se dire définitivement dépouillé (L. 39 § 1, *De evict.*). Ou, au contraire, l'acheteur joue le rôle de défendeur, et ici la décision relative à la question de droit ne lui ôte rien par elle-même. Mais cette décision est accompagnée d'un ordre de restituer, et cet ordre lui-même sera

(1) Je suppose que les accessoires ont été expressément indiqués dans le contrat. Sinon, l'éviction prouve, ou que la chose enlevée à l'acheteur ne lui a point été vendue, ou que le juge a mal jugé, et dans les deux cas aucune espèce de recours n'est admissible.

(2) Sur l'éviction partielle je ferai deux observations : 1° certains auteurs veulent qu'indépendamment de toute convention spéciale l'éviction d'une part indivise donne lieu pour une part correspondante à l'action *ex stipulatu duplæ*. Mais cette doctrine est très nettement condamnée par le texte que je cite. Si d'autres textes, par exemple la loi 64, *De evict.*, paraissent venir à son appui, il faut les expliquer en y sous-entendant que les parties ont fait intervenir une convention expresse; 2° dans l'action *ex empto*, les dommages-intérêts se calculent différemment selon que l'éviction porte sur une part indivise ou sur une part divise. Au premier cas on les détermine par le rapport de la part évincée au tout : ainsi cette part est-elle de moitié, ils ont pour objet la moitié de la valeur totale au jour de l'éviction. Au second cas, on estime isolément la part évincée comme si elle eût été vendue seule, et le vendeur doit cette estimation (L. 1, *De evict.*).

(3) Ce principe ne s'applique pas dans l'hypothèse suivante : Primus acheteur a revendu la chose à Secundus. Celui-ci étant poursuivi, Primus le défend comme mandataire, et faute de restituer, est condamné à payer la *litis æstimatio*. Il perd bien la valeur de la chose, puisqu'il ne peut exercer l'action *mandati* contre Secundus, et cependant on ne lui donne que l'action *ex empto* contre son propre vendeur (L. 66 § 2, *De evict.*). L'idée du jurisconsulte est probablement celle-ci : quand l'acheteur a aliéné, il ne peut être réputé évincé dans le sens étroit du mot qu'autant que l'éviction atteint son ayant-cause lui-même, et ici elle ne l'atteint pas.

ou suivi d'exécution ou sanctionné par une condamnation : or ce sont là les deux faits qui donnent ouverture à l'action *ex stipulatu*; car par l'un l'acheteur aura perdu la chose, par l'autre il l'aura en quelque sorte rachetée et se trouvera grevé d'une obligation (L. 21 § 2, *De evict.*) (1). Il suit de là que si, avant toute restitution ou condamnation, le demandeur victorieux donne ou lègue la chose à l'acheteur, la *stipulatio duplæ* manque nécessairement son effet (L. 57 § 1, *De evict.*).

608. *a.* Je me suis renfermé jusqu'à présent dans l'hypothèse d'une vente ayant pour objet la propriété elle-même et d'une éviction résultant de ce que le vendeur n'était pas propriétaire. Mais il faut prévoir aussi les deux hypothèses inverses :

1° L'objet de la vente consiste en un simple droit réel, tel qu'un usufruit ou une servitude prédiale. Ici l'obligation de garantie existe toujours, et elle est soumise aux mêmes règles et produit les mêmes effets que si la vente eût porté sur la chose elle-même (LL. 10 et 46 § 1 ; L. 49, *De evict.* — L. 6 § 5, *De act. empt.*).

2° Le vendeur était bien propriétaire de la chose vendue, mais sa propriété était démembrée par l'existence d'un droit réel établi au profit d'un tiers. La question est de savoir si l'acheteur peut, en l'absence de convention formelle, et selon les règles précédemment tracées, user des actions *ex empto* et *ex stipulatu duplæ*. Je réponds oui, toutes les fois que ce droit réel est de ceux dont l'exercice lui ôte nécessairement la jouissance effective de la chose. Tels sont donc l'hypothèque (L. 34 § 2; L. 63 § 1, *De evict.*), l'usufruit (L. 62 § 2, *De evict.*) et, malgré l'absence de textes positifs, l'emphytéose et la superficie. Tout au contraire, je réponds non, lorsqu'il s'agit de droits réels qui n'empêchent pas l'acheteur de posséder la chose et d'en jouir. Telles sont les servitudes prédiales. Ici donc, pour que l'obligation de garantie existe, il faut que le fonds ait été expressément vendu *uti optimus maximusque*, c'est-à-dire comme libre (L. 59, *De contr. empt.* — LL. 48 et 75, *De evict.*). Mais à cette condition l'acheteur exerce, conformément aux règles déjà décrites, ou l'action *ex empto*, ou l'action *ex stipulatu duplæ* (L. 35, *De act. empt.* — L. 61, *De æd. edict.*) (2).

(1) En règle générale, l'action *ex stipulatu* est ouverte dès que la condamnation est prononcée, car dès lors l'acheteur est appauvri. Toutefois une exception bizarre est constatée par Ulpien (L. 21 § 3, *De evict.*).

(2) Pour certains interprètes, les servitudes passives constituent des vices du

Je terminerai sur la garantie par deux observations d'une certaine importance : 1° l'obligation de garantie n'est pas de l'essence de la vente ; elle cesse par l'effet d'une convention expresse, et cette convention elle-même peut être ou spéciale ou générale, selon que le vendeur déclare ne pas répondre de l'éviction qui proviendrait de telle ou telle cause, ou ne répondre d'aucune espèce d'éviction. Dans l'un et l'autre cas, les jurisconsultes s'accordent à l'affranchir des dommages-intérêts qui excèdent le prix de vente, et l'opinion qui paraît avoir prévalu l'autorise même à retenir le prix (L. 11 § 18, *De act. empt.*) ; 2° l'obligation de garantie n'est pas particulière à la vente : en principe, elle grève toute personne qui doit à titre onéreux un corps certain (1), et c'est pourquoi le débiteur est tenu de faire une promesse *de evictione*, soit au moment du contrat, soit au moment de l'exécution. Cette doctrine est très formellement indiquée pour les stipulations (L. 131 § 1, *De verb. obl.*), et cela seul nous permettrait de la croire générale si déjà nous n'y étions autorisés par nombre d'applications particulières (2). Donc ce qu'il y a de propre à la vente, c'est seulement que la promesse *de evictione* ne se limite pas à la simple réparation du préjudice et qu'elle n'a pas absolument besoin d'être expresse.

fonds vendu plutôt qu'une véritable cause d'éviction. Deux textes de Cicéron (*De orat.*, I, 39 ; *De off.*, III, 16) viennent à l'appui de cette idée, et elle est tout à fait conforme au point de vue qui considère la servitude comme une qualité du fonds dominant (t. I, p. 631, note 4). Cependant je ne crois pas qu'elle ait prévalu : contraire au langage des textes que je cite, elle est de plus condamnée par le raisonnement ; car les vices proprement dits n'affectent que la chose : ils en diminuent la valeur, mais ils n'ôtent rien à la plénitude du droit du propriétaire. Au surplus, les partisans de cette théorie se séparent dans la façon dont ils l'appliquent. Les uns, et ce sont les plus logiques, font une distinction : le vendeur garantirait naturellement les servitudes non apparentes, mais ne garantirait les servitudes apparentes que lorsqu'il a présenté le fonds comme libre, et dans tous les cas son obligation serait sanctionnée d'après les règles tracées par l'édit des édiles. Les autres rejettent toute distinction entre les servitudes apparentes et les non apparentes : en l'absence de convention, le vendeur serait toujours tenu de l'action *quanti minoris* ; mais lorsque le fonds a été vendu comme libre, la reconnaissance judiciaire de la servitude constituerait une éviction et donnerait lieu à l'action *ex stipulatu duplæ*.

(1) On dit de tout débiteur à titre onéreux qu'il ressemble à un acheteur (L. 4 § 31, *De dol. mal. et met. exc.*, XLIV, 4. — L. 15, *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4).

(2) Je citerai spécialement des textes relatifs à l'échange (L. 29, C., *De evict.* — L. 16, *De cond. caus. dat.*, XII, 4), au partage (L. 66 § 3, *De evict.* — L. 25 § 21, *Fam. ercisc.*, X, 2. — L. 10 § 2, *Comm. div.*, X, 3) et à la transaction (L. 33, C., II, 4). Toutefois on remarquera qu'en matière de transaction la garantie de la chose litigieuse n'est pas due, ainsi que le constate le dernier de ces textes.

609 *a*. *De la garantie des vices de la chose.* — D'aprés la loi des douze Tables, le vendeur ne s'engageait que dans la mesure de ses déclarations expresses. Donc, avait-il affirmé la présence de certaines qualités ou l'absence de certains défauts : l'inexactitude de ces affirmations le soumettait à l'action *ex empto*. Avait-il, au contraire, gardé le silence : il se libérait en livrant la chose telle qu'elle était. Cette législation était irréprochable à l'égard des qualités; quant aux défauts, elle laissait la marge ouverte au dol et aux négligences du vendeur. Aussi de fort bonne heure la jurisprudence le rendit-elle responsable de tous les défauts qu'il aurait connus et non déclarés. Mais cette jurisprudence elle-même était insuffisante, et les édiles curules la complétèrent en posant comme principe général que le vendeur doit connaître les défauts de la chose et les garantir dans tous les cas (Cic., *De off.*, III, 16 et 17) (1). L'édit des édiles demande à être envisagé dans son ensemble. Textuellement, il ne vise que les ventes d'esclaves et d'animaux connus sous le nom de *jumenta* et *pecora* (L. 1 § 1 ; L. 38 pr., *De æd. ed.*, XXI, 1) (2). Mais on l'interpréta largement, et il fut appliqué à toute espèce de ventes mobilières ou immobilières (L. 1 pr. ; L. 63, *De æd. ed.*). Ses dispositions essentielles sont au nombre de trois :

1° Le vendeur est tenu de déclarer tous les vices qui diminuent sensiblement l'utilité et la valeur de la chose (L. 1 § 8, *De æd. ed.*). En faisant cette déclaration, il se dégage de toute responsabilité. En ne la faisant pas, il s'expose à deux actions dont l'une est appelée *quanti minoris* ou *æstimatoria*, et l'autre *redhibitoria* (3). Toutes les deux supposent que le vice allégué préexistait à la vente (L. 54, *De*

(1) Plaute fait déjà allusion à l'édit des édiles (*Capt.*, IV, 2, v. 44).

(2) La forme restreinte de cette rédaction s'explique facilement. En général les vices de la chose vendue ne consistent que dans une imperfection ou une altération matérielle, et il n'y a pas lieu de distinguer entre eux. Mais les esclaves, en leur qualité d'êtres raisonnables, peuvent joindre aux vices du corps les vices de l'âme. Or, que ces derniers engageassent la responsabilité du vendeur lorsqu'ils étaient fort graves, par exemple quand l'esclave était *fugitivus*, *erro*, *noxa non solutus* (L. 17 pr., §§ 14 et 17, *De æd. ed.*), rien de mieux ; mais les édiles ne voulaient pas que la garantie s'étendît à toute espèce de vices moraux, surtout à ceux qui sous le même nom comportent la plus grande variété de nuances et de degrés. Il fallait donc faire un triage et une énumération, et pour cela mentionner expressément les esclaves. Quant aux *pecora* et aux *jumenta*, ce même motif n'existait plus ; mais les édiles voulaient formuler à leur égard certaines dispositions spéciales, et de là encore la nécessité de les mentionner.

(3) De là l'expression toute moderne de *vices rédhibitoires*.

æd. ed.), qu'il n'était pas apparent (L. 1 § 6 ; L. 14 § 10, *De æd. ed.*), qu'en fait il était inconnu de l'acheteur (L. 48 § 5, *De æd. ed.*) (1), et qu'il n'a pas disparu depuis la vente (LL. 16 et 17 § 17, *De æd. ed.*) (2). Ces deux actions ne pouvant être cumulées, il importe de savoir en quoi elles diffèrent : 1° l'action *redhibitoria*, son nom même l'indique (L. 21 pr., *De æd. ed.*), tend à résoudre le contrat et à replacer les parties dans la situation où elles seraient s'il n'y avait jamais eu de vente. Aussi la compare-t-on à une *restitutio in integrum* réciproque (L. 23 § 7 ; L. 60, *De æd. ed.*). Non seulement donc l'acheteur qui l'exerce restitue la chose avec les fruits et toutes les acquisitions qu'elle lui a procurées, mais encore il est comptable de toutes détériorations et moins-values provenant de son fait (L. 23 pr., § 9 ; L. 25 pr., *De æd. ed.*). Et de son côté le vendeur ne se borne pas à rendre le prix avec les accessoires et les intérêts, il est tenu de réparer intégralement le dommage causé par les vices de la chose (L. 23 §§ 1 et 8 ; L. 27, *De æd. ed.*) (3). Tout autre est le but, tout autres aussi les résultats de l'action *quanti minoris* : ici le contrat est maintenu ; ce que l'acheteur demande, c'est une réduction du prix, même une restitution ou une remise entière, si l'on suppose que les vices de la chose la rendent absolument sans valeur (L. 43 § 6, *De æd. ed.*) (4). Mais jamais il n'obtient la restitution de l'excédent du dommage sur le prix ; 2° en aliénant la chose, ou en la grevant d'un droit d'usufruit, l'acheteur se met dans l'impossibilité d'exercer l'action *redhibitoria* (L. 43 § 8, *De æd. ed.*), tandis qu'il conserve néanmoins l'action *quanti minoris* ; 3° l'action *redhibitoria*, à raison de sa gravité particulière, s'éteint au bout de six mois ; l'action *quanti minoris* dure un an. Du reste, il ne s'agit là que de délais utiles, qui par conséquent ne commencent à courir que du jour où l'acheteur a

(1) Par une clause expresse le vendeur peut se rendre garant des vices futurs comme aussi de ceux que l'acheteur connaît (L. 3, C., *De æd. act.* — L. 4 § 5, *De dol. mal. et met. except.*, XLIV, 4).

(2) Malgré la réunion de ces quatre conditions, le vendeur ne serait pas tenu à raison des vices qu'il aurait expressément déclaré ne pas garantir (*excipere vitium*). Mais cela suppose sa bonne foi (L. 14 §§ 9 et 10, *De æd. ed.*).

(3) Le vendeur qui refuse cette réparation est condamné au double (L. 45, *De æd. ed.*).

(4) Dans le cas où l'acheteur recouvre ainsi ou garde tout son prix, il doit restituer la chose, et c'est pourquoi sans doute on dit que l'action *quanti minoris* contient l'action rédhibitoire (L. 25 § 1, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2) ; c'est pourquoi aussi l'une et l'autre sont parfois confondues sous le nom de *redhibitoriæ actiones* (L. 19 § 2, *De æd. ed.*).

connu ou a dû connaître le vice (L. 19 § 6; L. 48 § 2; L. 55, *De æd. ed.*); 4° l'action *redhibitoria* une fois exercée avec succès ne peut plus être intentée, car l'acheteur est désintéressé; au contraire, l'action *quanti minoris* peut être renouvelée chaque fois que l'acheteur découvre un nouveau vice (L. 31 § 16; L. 48 § 7, *De æd. ed.* — L. 32 § 1, *De evict.*, XXI, 2).

Pour terminer sur cette première disposition, je ferai remarquer que les édiles n'abrogent pas le droit civil : ils se contentent de le compléter. Donc, dans le cas où le vendeur a connu le défaut qu'il n'a point déclaré, l'action *ex empto* concourt avec les actions édilitiennes (L. 19 § 2, *De æd. ed.*). Or sur l'une et sur l'autre elle a l'avantage d'être perpétuelle; sur l'action *quanti minoris* elle a de plus l'avantage spécial d'indemniser pleinement l'acheteur (L. 1, C., *De æd. act.*, IV, 58); enfin si, à la différence de l'action *redhibitoria*, elle n'a pas pour but nécessaire l'anéantissement de la vente, néamoins elle peut y aboutir *officio judicis* (Paul, II, 17 § 6). De tout cela je conclus que les actions édilitiennes n'ont d'utilité véritable qu'autant que la bonne foi du vendeur est certaine ou que sa mauvaise foi n'est pas prouvée. D'autre part, il n'est pas douteux que, la législation des édiles réagissant sur le droit civil, l'action *ex empto* finit par être donnée même contre le vendeur de bonne foi (L. 6 § 4, *De act. empt.*). Mais en pareille hypothèse elle ne saurait avoir plus de puissance que les actions qu'elle remplace, et notamment elle est limitée à la même durée, ainsi que le prouve une constitution de l'empereur Gordien (L. 2, C., *De æd. act.*).

2° Le vendeur doit promettre indemnité à raison de tous les vices connus ou non connus de lui qu'il ne déclare pas (1). Refuse-t-il cette promesse: par cela seul, et encore qu'aucun vice ne se révèle, il tombe sous le coup des actions édilitiennes; seulement l'action rédhibitoire est ici réduite à une durée de deux mois et l'action *quanti minoris* à six mois, et ces délais sont continus (L. 28, *De æd. ed.*). La promesse a-t-elle été faite : elle est d'une utilité manifeste lorsque les vices non déclarés étaient connus de l'acheteur; mais, en dehors de cette hypothèse, on se demande à quoi elle

(1) En conséquence de cette prescription des édiles, des formules de stipulation furent rédigées au VIIe siècle de Rome par le jurisconsulte Manilius (Cic., *De orat.*, I, 59). Cette rédaction demandait sans doute un certain art; car il fallait assurer la validité de la stipulation contre les scrupules un peu subtils de quelques jurisconsultes (L. 31, *De evict.* XXI, 2).

va servir; car l'action *ex stipulatu* qui en résulte ne supprime pas les actions édilitiennes, et il n'est guère croyable qu'elle eût une durée plus longue, du moins quand elle était dirigée contre un vendeur de bonne foi (1). Voici ma réponse : comparée à l'action *quanti minoris*, l'action *ex stipulatu* est préférable parce que dans tous les cas elle donne à l'acheteur une complète indemnité. Comparée à l'action *redhibitoria*, elle vaut mieux à un double point de vue, parce qu'elle reste possible nonobstant l'aliénation de la chose et qu'elle n'impose à l'acheteur aucune espèce de prestation. Jusqu'à présent, je me suis placé dans l'hypothèse d'une promesse *incerta* ayant pour objet la simple réparation du dommage causé. Tel était, en effet, le droit commun. Mais les textes nous révèlent, en ce qui concerne les ventes d'esclaves, un usage tout spécial : c'est que le vendeur promettait le double du prix, les vices prévus par l'édit des édiles étant ici considérés comme l'équivalent d'une éviction. Pour exiger le double, il paraît que l'acheteur devait offrir la restitution de l'esclave (L. 58 § 1, *De æd. ed.*). Cette promesse constituait donc une sorte de forfait qui lui attribuait à titre de dommages-intérêts une somme égale au montant de son prix, et par là elle avait l'avantage d'éviter les difficultés d'estimation qu'entraînaient soit l'action *redhibitoria*, soit l'action *ex stipulatu incerta* (2). Si l'on en croit Théophile (sur le § 2, *De div. stip.*, III, 18), la promesse du double fut rendue obligatoire par les édiles eux-mêmes : ce qui est certain, c'est qu'elle était tellement usitée dans les ventes d'esclaves qu'on finit par l'y sous-entendre, et qu'ainsi l'action *ex empto* put suppléer à l'action *ex stipulatu duplæ* (L. 31 § 20, *De æd. ed.*) (3).

(1) Il est de toute évidence qu'en admettant absolument la perpétuité de l'action *ex stipulatu* les édiles se fussent mis en contradiction avec eux-mêmes.

(2) L'action *ex stipulatu duplæ* ne peut évidemment pas être exercée plus d'une fois, tandis qu'au contraire en cas de stipulation simple l'acheteur peut agir *ex stipulatu* chaque fois qu'il découvre un nouveau vice (L. 32 pr., § 1, *De evict.*). Du reste il y a tel vice dont l'existence contient plutôt la menace que la réalisation d'un dommage : supposons par exemple que l'esclave vendu soit *noxa non solutus*, l'acheteur peut craindre sans doute d'avoir à répondre à une action noxale, mais il est possible que le vendeur l'affranchisse de cette crainte en désintéressant celui qui a souffert du délit. En pareil cas, pour agir *ex stipulatu duplæ* l'acheteur doit attendre d'avoir succombé dans l'action noxale (L. 4 pr., *De act. empt.*). S'il s'agissait d'une action *ex stipulatu* au simple, l'exercice en serait-il pareillement ajourné? je l'ignore. Mais sans nul doute les actions édilitiennes pourraient être intentées tout de suite.

(3) Dans une opinion qui n'est contredite, je le reconnais, par aucun texte formel, l'obligation de promettre le double à raison des vices de la chose aurait été

3° Enfin les édiles rendent le vendeur responsable de toutes ses déclarations et promesses (*dicta aut promissa*) relativement aux vices et aux qualités de la chose. En cela ils ne font que confirmer le droit civil. Mais ils le dépassent en donnant ici les actions *redhibitoria* et *quanti minoris* (L. 18 pr.; L. 19 § 2, *De æd. ed.*). L'action *redhibitoria* sera surtout utile si l'on suppose que la déclaration du vendeur n'est qu'inexacte et non pas mensongère; car il est certain qu'en pareil cas l'action *ex empto* n'aboutirait jamais à résoudre le contrat. Quant à l'action *quanti minoris*, qu'a-t-elle de plus avantageux que l'action *ex empto?* Je ne le vois guère, si ce n'est peut-être que par sa nature même elle se prête à être exercée plusieurs fois, tandis que l'action *ex empto* intentée une seule fois s'épuise absolument, à moins que l'on n'ait eu soin d'en limiter les effets par une *præscriptio* (Gaius, IV, § 131).

610. *De l'obligation de ne pas commettre de dol.* — Cette obligation, qui est inhérente à tous les contrats de bonne foi, produit ici des conséquences particulièrement importantes. Voici les principales: 1° dans tous les cas où la chose vendue appartient au vendeur, la simple tradition ne le libère qu'autant qu'elle suffit à transférer la propriété. En d'autres termes, lorsque la chose est *res mancipi*, il ne peut pas se contenter de la livrer, il doit la manciper ou la céder *in jure*. Car pourquoi voudrait-il démembrer le droit de l'acheteur par la retenue d'un *nudum jus quiritium* dont lui-même ne tirerait pas le moindre avantage (1)? Ce raisonnement est confirmé par deux textes

généralisée par la pratique. Si cela est vrai, du moins paraît-il fort probable que la promesse du double n'était pas sous-entendue dans tous les cas (L. 17 pr., *De inst. act.*, XIV, 3).

(1) Objectera-t-on que le vendeur est intéressé à retenir le domaine quiritaire afin de s'assurer, pour le cas où il ne serait pas payé, le bénéfice de la revendication? Je réponds que sans aucun doute l'acheteur ne peut lui demander ni mancipation ni *in jure cessio* qu'une fois le prix payé, ou tout au moins que l'effet de ces solennités, comme celui de la tradition, demeure suspendu jusque-là par une condition tacite (n° 230). Au surplus, ceux qui affranchissent le vendeur de l'obligation de transférer la propriété, alors même qu'elle lui appartient et qu'il a été payé, expliquent cette prétendue règle par un paradoxe ingénieux. Si l'acheteur, disent-ils, avait eu le droit d'exiger la propriété quiritaire, cela eût rendu la vente impraticable entre Romains et pérégrins, puisque ces derniers ne pouvaient ni acquérir, ni par conséquent transférer cette propriété. Je pourrais d'abord faire observer que cette incapacité du pérégrin n'est pas aussi absolue qu'on la présente (n° 210). Mais voici ce qui me frappe surtout : si l'on se place au début du droit, il n'est pas croyable que la théorie de la vente ait été organisée en vue des pérégrins. Que si l'on envisage plus spécialement le droit classique, est-ce que les pérégrins ne peuvent

décisifs. Paul (I, 13a § 4) nous dit que le vendeur est tenu de livrer ou de manciper, et Gaius (IV, § 131) nous montre l'acheteur agissant *ex empto* dans le but spécial d'obtenir la mancipation du fonds vendu (1) ; 2° lorsque la vente a eu pour objet la chose d'autrui ou plus généralement une chose sujette à éviction, et que le vendeur l'a su au moment du contrat, l'acheteur a beau conserver en vertu de son titre la libre et paisible possession, l'action *ex empto* lui compète immédiatement. Car s'il n'est point troublé, il peut toujours craindre de l'être, et le vendeur qui l'a placé sciemment sous une menace permanente d'éviction a manqué à la bonne foi (L. 30 § 1, *De act. empt.*). Cette décision présente un intérêt particulier si l'on suppose qu'un cas fortuit détruise la chose et partant rende l'action en garantie à jamais impossible (L. 21 pr., *De evict.*) (2) ; 3° la clause de non garantie, lorsqu'elle est insérée de mauvaise foi par un vendeur qui connaît le danger de l'éviction, ne le libère pas de l'action *ex empto* (L. 11 § 18, *De act. empt.* — L. 69 § 5, *De evict.*) ; 4° quoique la garantie des servitudes passives ne soit due que lorsque le fonds a été présenté comme libre, le vendeur est tenu *ex empto* à raison de toutes celles qu'il a connues et qu'il n'a point déclarées (L. 1 §1, *De act. empt.*) ; 5° on a déjà vu (n° 609) que le vendeur est tenu, indépendamment de l'édit des édiles, de tous les vices qu'il a connus et dis-

pas stipuler ou promettre une dation ? Pourquoi donc ne pourraient-ils pas figurer aussi dans une vente, quand même la vente entraînerait en règle générale obligation de donner ? Il ne faut pas oublier d'ailleurs que ce contrat est de bonne foi : vendeur, le pérégrin ne transportera donc que ce qu'il a, et acheteur, il n'exigera que ce qu'il peut acquérir, c'est-à-dire, dans l'un et l'autre cas, la propriété bonitaire.

(1) Pour repousser la conséquence que je déduis du texte de Gaius, on a supposé qu'il se place dans l'hypothèse d'un pacte adjoint par lequel le vendeur se serait expressément obligé à transférer la propriété. Mais cette supposition est tout à fait arbitraire.

(2) Par ces deux premières conséquences nous sommes en mesure de réduire à sa véritable portée pratique la règle d'après laquelle le vendeur n'est pas tenu de transférer la propriété. Cette obligation, sans doute, ne lui est jamais imposée comme obligation principale et distincte ; mais elle est contenue dans l'obligation de livrer, toutes les fois qu'il est propriétaire et que la chose est *res nec mancipi*, et elle résulte de l'obligation de ne pas commettre de dol, tant lorsqu'il est propriétaire et que la chose est *res mancipi* que lorsqu'il n'est point propriétaire et qu'il le sait. Ces hypothèses écartées, il ne reste que celle d'une chose appartenant à autrui, mais vendue de bonne foi par quelqu'un qui croyait en être propriétaire. C'est ici seulement que la règle produit une conséquence, et cette conséquence consiste en ce que l'acheteur, s'apercevant qu'il n'est pas devenu propriétaire, ne peut exercer aucun recours tant qu'il n'est ni évincé ni troublé.

simulés; il est tenu même de ceux qui ne donnent pas lieu à l'exercice des actions édilitiennes (L. 4 § 4, *De edil. ed.*).

V. — DES OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR.

611. La principale obligation de l'acheteur consiste à payer le prix convenu, et cette obligation est plus énergique que celle du vendeur, car il ne suffit en aucun cas que les deniers soient livrés, il faut absolument que la propriété en soit transférée (L. 11 § 2, *De act. empt.*). Du reste, sauf l'hypothèse d'un terme accordé à l'une des parties, la tradition et le payement du prix sont la condition l'un de l'autre et doivent être simultanés. Je veux dire qu'à l'aide d'une exception le payement du prix peut être refusé au vendeur qui ne livre pas, et la tradition à l'acheteur qui n'offre pas son prix. La créance de chaque contractant se trouve donc ainsi protégée par un droit de rétention, et ce droit, en tant qu'il appartient au vendeur d'un corps certain, est qualifié *quasi pignus* (Gaius, IV, § 126. — L. 13 § 8 ; L. 25, *De act. empt.* — L. 22, *De act. vel her. vend.*, XVIII, 4. — L. 31 § 8, *De æd. ed.* — L. 5 § 4, *De dol. mal. et met. except.*, XLIV, 4. — L. 14 § 1, *De furt.*, XLVII, 2). Supposons maintenant que, la tradition étant faite ou offerte, l'acheteur qui n'a pas encore payé son prix vienne à découvrir l'existence d'une cause d'éviction : pourra-t-il refuser de se libérer jusqu'à ce qu'il ait acquis la certitude de conserver la chose? A cet égard les textes font une distinction : si le danger résulte de l'existence d'une hypothèque, le vendeur n'est autorisé à exiger le prix qu'après avoir dégrevé la chose; et pour obtenir ce dégrèvement l'acheteur a deux voies à son service, l'exception de dol s'il est poursuivi, sinon l'action *ex empto* (L. 5, C., *De evict.*). Que si, au contraire, le danger résulte de ce que le vendeur n'était pas propriétaire ou n'avait qu'une propriété démembrée par un droit réel qu'il n'est pas en son pouvoir d'éteindre, l'acheteur n'est autorisé à retenir le prix qu'autant que la question de propriété est effectivement soulevée par un tiers (1). Mais alors on l'y autorise tellement, que sa résistance ne peut être vaincue, quelques sûretés que le vendeur lui offre pour la restitution du prix. Telle est du moins la doctrine que Papinien présente comme certaine (*Fr. Vat.*, § 12). Mais le siècle même de ce

(1) Du reste il n'est pas nécessaire qu'un procès soit dejà engagé : il suffit, selon le langage des textes, qu'il y ait *quæstio mota*.

jurisconsulte la vit modifier, et une constitution de Dioclétien (L. 24, C., *De evict.*), dont les rédacteurs semblent avoir eu sous les yeux le texte de Papinien, décide qu'en fournissant de bons fidéjusseurs le vendeur obtiendra toujours le payement du prix (1).

A. Outre l'obligation principale qui vient d'être décrite, l'acheteur peut être tenu de plusieurs obligations accessoires qui toutes dérivent de l'équité et de la bonne foi. Ainsi, dès le jour du contrat, et par une conséquence naturelle de son droit aux fruits, il est tenu de supporter les impôts qui grèvent le fonds vendu (L. 13, C., *De act. empt.*, IV, 49). A compter de la même époque il doit le remboursement des dépenses faites de bonne foi par le vendeur (L. 16, C., *De act. empt.*). Enfin, à partir de la tradition, le prix non payé devient productif d'intérêts, et cela indépendamment de toute mise en demeure et sans qu'il y ait à distinguer si la chose vendue est frugifère ou non (*Fr. Vat.*, § 2. — Paul, II, 17 § 9) (2).

VI. — DES RISQUES.

Lib. III, tit. XXIII, *De emptione et venditione*, § 3. — Quum autem emptio et venditio contracta sit, quod effici diximus simul atque de pretio convenerit, quum sine scriptura res agitur, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ, vel aliqua ex parte incendio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior

Une fois la vente contractée, c'est-à-dire, quand le contrat se fait sans écrit, dès que le prix est convenu, le risque de la chose vendue incombe immédiatement à l'acheteur, et cela quoique la chose ne lui ait pas encore été livrée. C'est pourquoi, lorsque l'esclave vient à périr ou à recevoir une blessure, lorsqu'un incendie consume la maison en tout ou partie, lorsque le fonds est emporté en tout ou en partie par la violence d'un fleuve, lorsqu'il est amoindri ou détérioré par une inondation ou par une tempête qui brise des arbres, la perte tombe sur l'ache-

(1) Les compilateurs du Digeste, comme pour mieux attester que cette doctrine a prévalu, l'attribuent à Papinien lui-même (L. 18 § 1, *De per. et comm.*, XVIII, 6).

(2) On a pourtant voulu trouver cette distinction dans un texte (L. 13 § 20, *De act. empt.*).

esse cœperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et, si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet; nam et commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Quod si fugerit homo qui veniit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit; sane enim si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet : si non suscepit, securus est. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emptori, quia sane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem est etiam de furti et de damni injuriæ actione.

teur, qui, quoiqu'il n'ait pas reçu la chose, est obligé de payer le prix. En effet, le vendeur ne souffre jamais des accidents où son dol et sa faute ne sont pour rien. Mais en revanche, si postérieurement à la vente le fonds vient à s'accroître par l'alluvion, cela profite à l'acheteur; car qui a les risques doit avoir aussi les avantages. Que si l'esclave vendu s'enfuit ou est volé, et cela sans que le vendeur ait commis ni dol ni faute, il faut examiner si celui-ci s'était chargé de la garde jusqu'à la tradition : si oui, c'est lui qui supporte ce cas fortuit; sinon, il est en sécurité. Même décision à l'égard des animaux et des autres choses. Toutefois le vendeur est absolument tenu de céder à l'acheteur la revendication et la *condictio*; car n'ayant point encore livré la chose, il continue d'en être propriétaire. Même décision quant aux actions *furti et damni injuriæ*.

612. Quand on se demande à qui incombent les risques de la chose vendue, on suppose d'abord que cette chose consiste en un corps certain; on suppose de plus que, la vente étant déjà contractée et la tradition n'ayant pas encore été faite, un cas fortuit survient qui détruit la chose en tout ou en partie ou simplement la détériore. La tradition devient ainsi impossible, faute d'objet, ou tout au moins ne peut plus porter que sur une valeur inférieure à la valeur vendue. De là la question de savoir si par voie de conséquence l'obligation de payer le prix ne se trouve pas elle-même éteinte ou diminuée. Si l'on répond oui, les risques seront pour le vendeur; si l'on répond non, ils seront pour l'acheteur. La solution de la question exige d'abord qu'on distingue entre la vente pure et simple et la vente conditionnelle. Dans la vente pure et simple, expression qui en cette matière comprend

aussi la vente à terme, le risque tombe invariablement sur l'acheteur (§ 3 *sup.*). Dans la vente conditionnelle, et je n'ai pas besoin d'exprimer que je suppose ici le cas fortuit survenu *pendente conditione*, la règle est la même s'il ne s'agit que d'une perte partielle ou d'une simple détérioration. S'agit-il, au contraire, d'une perte totale, c'est le vendeur qui la supporte ; car la condition venant ensuite à se réaliser, l'obligation de livrer ne se forme pas faute d'objet, et par conséquent celle de l'acheteur, qui ne peut naître que corrélativement à celle du vendeur, ne se forme pas non plus. (L. 8 pr., *De per. et comm.*, XVIII, 6) (1). En résumé donc, je pose ainsi la règle générale : c'est l'acheteur qui supporte les risques de la chose vendue, excepté lorsque, la vente étant conditionnelle, la chose périt en totalité *pendente conditione* (2). Le motif de cette règle n'est pas difficile à

(1) Cela est-il contraire au principe de la rétroactivité de la condition accomplie? Non, car, avant de rétroagir, il faut que la condition puisse agir.

(2) D'après certains interprètes, le principe Romain sur les risques serait en contradiction avec une prétendue règle qu'ils formulent ainsi : *res perit domino*. Ce brocard a été tiré d'une constitution de Dioclétien où nous trouvons une décision en elle-même très correcte, mais mal motivée (L. 9, C., *De pign. act.*, IV, 24). S'il signifie simplement qu'une chose venant à périr par cas fortuit le propriétaire perd sa propriété, il n'est que l'expression un peu naïve d'une vérité évidente. Mais si on l'entend en ce sens que cette perte nuirait toujours au propriétaire et ne nuirait jamais qu'à lui seul, il devient une erreur. En effet, la perte fortuite d'une chose entraîne l'extinction de tous les droits dont elle est l'objet. Dans l'espèce, le vendeur, propriétaire, perd sa propriété; l'acheteur, simple créancier, perd sa créance. Mais des deux quel est, en réalité, celui qui éprouve un préjudice? Ce n'est pas le vendeur, puisqu'il allait être obligé de se dépouiller de la chose, mais bien l'acheteur, qui reste tenu de la payer et qui ne la recevra pas. — Une difficulté plus sérieuse s'est élevée sur la règle elle-même : on a essayé de soutenir que jusqu'à la tradition les risques incombent au vendeur. Dans cette doctrine on éprouve d'abord le besoin de se débarrasser du texte si formel des Institutes et de tous ceux qui le confirment; et pour cela on prétend, contre toute évidence, qu'ils entendent seulement refuser à l'acheteur le droit d'exiger des dommages-intérêts, mais non pas celui de retenir ou de répéter son prix. Quant aux arguments directs sur lesquels on croit pouvoir s'appuyer, ils sont empruntés à des textes de Paul et d'Africain. Paul (LL. 12 et 14 pr., *De per. et comm.*, XVIII, 6) suppose que des lits déterminés ayant été vendus, le vendeur les a placés sur la voie publique et que l'édile, chargé de la police, les a brisés comme gênant la circulation. Cela étant, qui est-ce qui supportera la perte? L'acheteur, s'il avait reçu la tradition ou qu'il fût en demeure de la recevoir; sinon, le vendeur. Ces décisions me paraissent s'expliquer tout naturellement par cette idée que dans l'espèce la destruction des objets vendus ne résulte pas d'un cas fortuit, elle est la conséquence d'une faute. Mais cette faute, à qui est-elle imputable? A l'acheteur, si la tradition lui avait été faite ou s'il était en demeure; sinon, au vendeur, qui jusque-là devait garder la chose. Au surplus, cette explication parût-elle douteuse, un autre texte prouve que Paul enseignait la même doctrine que les Institutes (L. 7 pr., *De per. et comm.*).

dégager. Il est certain que si postérieurement à la conclusion du contrat l'objet vendu s'enrichissait d'une plus-value fortuite, quelque considérable qu'elle fût, l'acheteur pourrait néanmoins exiger la tradition sans être tenu de rien ajouter à son prix. Dès lors, quoi de plus naturel que de lui imposer par réciprocité la charge des risques? Au fond donc, notre règle n'est que l'expression de la volonté probable des parties. Chacune sans doute ne s'oblige qu'autant que l'autre s'oblige aussi, et le contrat ne se forme pas d'un côté sans se former de l'autre. Mais une fois qu'il est parfait, les deux obligations sont dans un état d'indépendance réciproque; celle du vendeur, qui a pour objet un corps certain, peut s'éteindre ou s'altérer sans que celle de l'acheteur, qui a pour objet une quantité, en subisse la moindre modification (1).

Le passage d'Africain (L. 33, *locat.*, XIX, 2) est plus embarrassant. Un fonds vendu ayant été confisqué avant la tradition, le vendeur, dit-il, ne peut pas garder ou demander le prix, mais il n'est pas tenu de payer des dommages-intérêts. Je ne citerai que deux des nombreuses explications qu'on a tentées dans le but de mettre cette décision d'accord avec le principe généralement admis. Dans l'une on suppose que le vendeur aurait encouru la confiscation par sa faute; mais alors pourquoi l'affranchir de tous dommages-intérêts? Dans l'autre, on suppose qu'Africain ne ferait que rapporter l'opinion de Julien, qui, dit-on, n'admettait pas que le vendeur pût conserver le prix sans procurer la chose à l'acheteur. Je reconnais qu'en effet Julien autorisait l'acheteur évincé à se faire restituer son prix nonobstant la clause de non-garantie (L. 11 § 18, *De act. empt.*). Mais rien ne prouve qu'il professât une doctrine semblable pour le cas où la chose vient à périr avant la tradition, et le contraire me paraît établi par un texte formel (L. 5 § 2, *De resc. vend.*, XVIII, 5). J'ajoute que s'il est difficile d'expliquer d'une manière satisfaisante le texte d'Africain, deux considérations en infirment absolument l'autorité. C'est d'abord qu'il n'est pas placé au siège de la matière et que la doctrine qu'il exprime n'est émise qu'incidemment à propos d'une question de louage. C'est ensuite et surtout que nous voyons ailleurs Africain mettre sans hésiter les risques à la charge de l'acheteur (L. 39, *De sol.*, XLVI, 3).

(1) Appliquons les principes qui viennent d'être exposés à la vente des marchandises qu'on a l'habitude de compter, de peser ou de mesurer. Nous obtiendrons les quatre décisions suivantes : 1° je vous vends cent mesures de blé *in genere*. Ici la question des risques ne saurait se poser, ou si l'on aime mieux, c'est toujours le vendeur qui les supporte ; 2° je vous ai vendu un tas de blé déterminé pour un prix unique (vente *per aversionem*). Dans ce cas il y a vente pure et simple d'un corps certain, et les risques sont pour l'acheteur (L. 35 § 5, *De contr. empt.*); 3° je vous ai vendu tel tas de blé, mais à tant la mesure. Ici la vente est affectée d'une condition, en ce sens que le mesurage seul fixera la quantité vendue et le prix à payer. Le vendeur supporte donc les risques tant que le blé n'a pas été mesuré (L. 35 § 5, *De contr. empt.*); 4° enfin je vous ai vendu tant de mesures à prendre sur tel tas de blé. Il faut reproduire ici la décision précédente. Car jusqu'au mesurage on ne saura pas si la quantité vendue peut être fournie tout entière (L. 35 § 7, *De act. emp.* — L. 5, *De per. et comm.*).

Trois observations vont achever de préciser la doctrine Romaine :

1° L'acheteur, ai-je dit, ne supporte que les pertes et détériorations qui ont leur cause dans un cas fortuit. Mais, d'autre part, on a déjà vu (n° 605) que le vendeur est tenu de la garde de la chose jusqu'au moment où il la livre. Cette obligation s'entend en ce sens qu'il répond non seulement des fautes qu'il a l'habitude d'éviter dans la gestion de ses propres affaires, mais encore de toutes celles qu'un bon père de famille ne commettrait pas (LL. 3 et 11, *De per. et comm.*). Supposons donc qu'avec plus de vigilance il eût pu préserver la chose du cas fortuit, par exemple prévenir la fuite ou le vol de l'esclave vendu; non seulement le prix cessera de lui être dû, mais des dommages-intérêts lui seront réclamés si l'acheteur éprouve un préjudice supérieur au montant de son prix (§ 3 *sup.*). La décision est la même, par application du droit commun, lorsque le vendeur, quoique exempt de faute proprement dite, se trouvait en demeure au moment de la survenance du cas fortuit (L. 17, *De per. et comm.* — n° 714).

2° J'ai présenté la règle générale qui met les risques à la charge de l'acheteur comme une simple interprétation de la volonté des parties. Ce qui prouve bien l'exactitude de ce point de vue, c'est que par une convention formelle les risques peuvent être rejetés sur le vendeur (L. 35 § 4, *De contr. empt.*), et c'est à une convention de ce genre que les Institutes font allusion, lorsqu'elles disent (§ 3 *sup.*, 5e phr.) que, l'esclave vendu venant à s'enfuir ou à être volé, il faut d'abord examiner si le vendeur ne s'est pas chargé de la *custodia* (1) jusqu'à la tradition (2). Si, en effet, il s'en est chargé, on ne l'admettra pas à prouver qu'il est exempt de faute. Mais l'effet de cette convention

(1) Le mot *custodia*, qui d'ordinaire ne signifie que l'obligation de garder diligemment la chose, prend ici un sens plus compréhensif : c'est l'obligation de la préserver des cas fortuits.

(2) Il n'est douteux pour personne que, quel que soit l'objet de la vente, la responsabilité des cas fortuits puisse être mise à la charge du vendeur. Mais, selon quelques interprètes, ce ne serait pas le sens du passage précité des Institutes. Il se référerait à une convention beaucoup plus spéciale par laquelle le vendeur d'un esclave se soumettrait seulement à la responsabilité du vol et de la fuite. En effet, disent ces interprètes, un esclave, à raison de sa destination et de sa nature d'être intelligent, ne peut pas être soumis à la surveillance minutieuse qu'on exerce sur d'autres choses ; s'il fuit, s'il est volé, cela n'implique pas absolument faute du vendeur. On comprend donc que l'acheteur songe à se prémunir contre ces deux accidents sans pour cela exiger que le vendeur réponde des autres cas fortuits. Ce qui prouve que telle n'est pas la pensée des Institutes, c'est qu'elles ont une phrase spéciale (*Idem et in ceteris, etc.*) pour étendre aux animaux et aux autres choses ce qu'elles ont dit des esclaves.

va-t-il jusqu'à le rendre responsable de la perte survenue par des actes de violence, ou bien ne faut-il pas pour cela une clause spéciale? Cette seconde opinion paraît plus probable (L. 31 pr., *De act. empt.*).

3° Si le vendeur ne souffre pas des cas fortuits, il ne doit pas non plus en profiter. On ne le tient donc pour libéré de ses obligations que dans la mesure où l'exécution en est devenue impossible. Donc était-il propriétaire de la chose vendue : il devra céder les actions qui lui compètent à l'occasion du cas fortuit, par exemple, si la chose a été endommagée ou détruite par un tiers, l'action *legis Aquiliæ*, et si elle a été volée, la *rei vindicatio*, la *condictio furtiva* et l'action *furti* (§ 3 *sup.*). N'était-il pas propriétaire : il lui est impossible de céder de telles actions, puisqu'elles ne lui appartiennent pas; mais pour cela même il est tenu *ex empto*, car s'il n'avait pas commis la faute de vendre la chose d'autrui, il serait en mesure de faire cette cession (L 35 § 4, *De contr. empt.*).

VII. — DES MODALITÉS ADMISES DANS LE CONTRAT DE VENTE, ET SPÉCIALEMENT DES VENTES SOUS CONDITION RÉSOLUTOIRE.

Lib. III, tit. XXIII, *De emptione et venditione*, § 4. — Emptio tam sub conditione quam pure contrahi potest; sub conditione, veluti : *si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.*

La vente peut être contractée sous condition tout aussi bien que purement et simplement ; sous condition, par exemple : si dans tel délai Stichus vous convient, il vous sera vendu pour tant de sous d'or.

613. La vente comporte absolument les mêmes modalités que la stipulation. Pourquoi donc les Institutes (§ 4 *sup.*) ne mentionnent-elles que la condition? Peut-être y a-t-il de cela une raison particulière : c'est qu'ici la condition, à la différenee des autres modalités, n'affecte jamais l'une des obligations sans affecter l'autre virtuellement; en d'autres termes, le contrat est tout entier conditionnel ou tout entier pur et simple. Si la condition s'accomplit, les deux parties seront tenues; si elle vient à défaillir, ni l'une ni l'autre ne le sera (1).

(1) Quelques interprètes prétendent qu'à une époque ancienne la validité de la vente et plus généralement d'un contrat consensuel subordonné à une condition fut mise en doute, ce qui expliquerait très bien pourquoi les Institutes n'insistent

L'exemple présenté par les Institutes est celui d'une vente qui ne doit se former qu'autant que la chose sera agréée par l'acheteur dans un certain délai (1). Les interprètes disent alors qu'il y a vente *ad comprobationem*. Cette sorte de condition est particulièrement usitée à l'égard des choses dont les qualités ou les défauts ne se révèlent pas à la seule vue, et que nous ne pouvons apprécier qu'après les avoir essayées ou goûtées.

On sait déjà (n° 542) que le droit civil autorise l'insertion d'une condition résolutoire dans les ventes. En pareil cas, le contrat lui-même n'a rien de conditionnel, et de part et d'autre l'exécution immédiate peut en être poursuivie. Mais la condition accomplie a pour effet d'anéantir la vente (*res inempta fit*), par conséquent d'éteindre les obligations réciproques si elles n'ont pas encore été exécutées, sinon, d'astreindre les parties à revenir sur l'exécution déjà faite. Les conditions résolutoires qui ont surtout fixé l'attention des juris-

que sur la condition. Quant au contrat de société, la controverse exista certainement; Justinien nous l'apprend par une constitution destinée à la faire cesser ou plutôt à l'empêcher de renaître (L. 6, C., *Pro soc.*, IV, 37). Mais qu'elle se fût étendue aux trois autres contrats consensuels, c'est ce que je ne crois pas. En ce sens, il est vrai, on allègue un texte de Gaius (III, § 146) dont voici l'analyse : on se demande s'il y a vente ou louage lorsque je vous livre des gladiateurs et que vous vous engagez à me payer vingt deniers pour chacun de ceux qui sortiront intacts de la lutte et mille pour chacun de ceux qui auront péri ou reçu des blessures. Dans l'opinion qui prévaut, dit Gaius, il y a louage pour les premiers, vente pour les autres, et sa décision est ainsi motivée : *jam enim non dubitatur quin sub conditione res veniri aut locari possint*. C'est cette phrase qui a fait croire qu'autrefois la vente et le louage ne pouvaient pas être conditionnels. Mais le doute ne portait-il pas plutôt sur la possibilité de faire un contrat qui serait ou vente ou louage selon que tel événement arriverait ou n'arriverait pas? Pour la négative, on alléguait sans doute que la nature d'un contrat ne peut se déterminer par un fait postérieur à l'accord des volontés. Mais cette idée n'est vraie qu'autant qu'il s'agit d'un fait postérieur qui n'a pas été prévu par les parties.

(1) Serait-il possible de subordonner la vente à l'agrément de l'acheteur sans fixer aucun délai dans lequel il dût se prononcer? Le Digeste, cela est décisif, nous offre une hypothèse de ce genre (L. 4 § 2, *De per. et comm.*, XVIII, 6). Il est vrai que d'après certains textes la vente est nulle lorsque son existence dépend de la volonté de l'une des parties (L. 7 pr., *De contr. empt.* — L. 13, C., *De contr. empt.*, IV, 38). Mais ces textes peuvent et doivent s'entendre en ce sens que du côté de cette partie, mais de son côté seulement, la vente n'existe pas. Et maintenant, la doctrine romaine est-elle absurde? Pour revenir à notre espèce, comprend-on que le vendeur soit obligé tout de suite et que l'acheteur ne le soit qu'autant que l'essai le satisfera? Cela n'a rien qui répugne au bon sens, si l'on songe bien que finalement l'acheteur ne pourra pas exiger l'exécution de l'obligation du vendeur sans se reconnaître lui-même obligé. La situation est donc un peu semblable à celle qui résulte d'un contrat de vente où figure un pupille non autorisé, cas où l'on dit : *ex uno latere constat contractus* (L. 13 § 29, *De act. empt.* — N° 156).

consultes sont contenues dans les deux pactes appelés *in diem addictio* et *lex commissoria*.

Par l'*in diem addictio* le vendeur se réserve le droit de vendre la chose à toute autre personne qui dans un délai donné lui offrirait des conditions meilleures (L. 1, *De in diem add.*, XVIII, 2) (1), et par là on n'entend pas seulement l'offre d'un prix plus élevé; on entend encore la fixation d'un terme plus proche ou d'un lieu plus opportun pour le payement, comme aussi la présentation de garanties accessoires plus nombreuses ou plus satisfaisantes. Bien mieux, les conditions sont réputées meilleures nonobstant la réduction du prix, lorsque les charges imposées au vendeur subissent elles-mêmes une réduction encore plus considérable (L. 4 § 6; L. 5, *De in diem add.*). L'*addictio in diem* n'opère jamais de plein droit. Il faut que le vendeur, dans l'intérêt de qui ce pacte est conçu, consente à se prévaloir des offres nouvelles (2), et alors il doit les notifier à son acheteur; car celui-ci jouit d'un droit de préférence, c'est-à-dire que, réalisant lui-même ces offres, il conserve la chose, non pas sans doute en vertu de son titre primitif, qui est résolu, mais en vertu d'une seconde vente (L. 6 § 1; LL. 7 à 9, *De in diem add.*).

Par la *lex commissoria* le vendeur se réserve le droit de résoudre la vente, si le prix ne lui est pas payé dans un délai déterminé. Pour que ce pacte opère, il faut que l'acheteur ait laissé expirer le délai tout entier sans payer ou offrir l'intégralité de son prix (L. 4 § 4, *De leg. comm.*, XVIII, 3). Du reste, la faculté de se prévaloir de la résolution n'appartient qu'au vendeur (LL. 2 et 3, *De leg. comm.*), et il peut, s'il le préfère, exiger le payement du prix. Mais son option une fois faite, c'est-à-dire manifestée par une action en justice, est absolument irrévocable (L. 4 § 2; L. 7, *De leg. comm.*) (3).

(1) Une convention de ce genre peut aussi être faite sans fixation d'aucun délai. Mais alors elle ne serait plus exactement qualifiée *addictio in diem* (L. 41 pr., *De rei vind.*, VI, 1).

(2) Toutefois une convention expresse peut autoriser l'acheteur à se prévaloir de l'accomplissement de la condition nonobstant la volonté contraire du vendeur (L. 9, *De in diem add.*).

(3) L'*addictio in diem* et la *lex commissoria* peuvent ne contenir qu'une simple condition suspensive, si telle est la volonté des parties. Mais cette volonté a toujours besoin d'être prouvée (L. 2, *De in diem. add.* — L 1, *De leg. comm.* — L. 2 §§ 3 et 4, *Pro empt.*). En pareil cas, tant que la condition reste pendante, non seulement les parties n'ont pas d'action l'une contre l'autre, mais l'exécution anticipée du contrat ne ferait pas qu'il existât. En conséquence, l'acheteur mis en possession ne pourrait ni usucaper la chose ni en acquérir les fruits, la perte totale ne serait

A. Outre ces deux pactes résolutoires, je dois mentionner ceux que les interprètes appellent pacte de réméré et *pactum displicentiæ*. Le pacte de réméré autorise le vendeur à résoudre le contrat et à se faire restituer sa chose, soit dans un certain délai, soit à une époque quelconque, sous la seule charge de rendre de son côté le prix qu'il aurait reçu (L. 2, C., *De pact. int. empt.*, IV, 54) (1). Quant au *pactum displicentiæ,* il est conçu en faveur de l'acheteur et lui donne le droit de tenir la vente pour non avenue si la chose cesse de lui convenir dans un délai déterminé ou indéterminé (L. 3, *De contr. empt.* — L. 2 § 5, *Pro empt.*, XLI, 4) (2).

614. La condition résolutoire une fois accomplie, il faut savoir quels en sont les effets. Or rien de plus simple, lorsque le contrat n'a pas encore été exécuté : les obligations qu'il a fait naître s'éteignent purement et simplement. Il n'y a de difficulté qu'autant que l'exécution, comme c'est l'ordinaire, a précédé la résolution. Envisageant d'abord l'hypothèse d'une condition insérée dans l'intérêt exclusif du vendeur, je me demande à quelle action il devra recourir pour reprendre sa chose. Un premier point paraît certain nonobstant la divergence de quelques interprètes : c'est que dans la pure doctrine romaine, doctrine encore dominante et presque universelle à la fin de l'époque classique, il n'y a de résolu que le contrat ; mais les translations de propriété dont il a été la cause déterminante conservent toute leur force, car elles n'ont pas pu être faites *ad tempus* (n° 202). Le vendeur n'a donc à son service qu'une action personnelle. Quelle est cette action? De tout temps ce put être une *condictio sine causa* fondée sur ce que le contrat qui avait motivé le transport de propriété a cessé d'exister (L. 1 § 2, *De cond. sine caus.*, XII, 7). Mais l'insuffisance de cette action était manifeste ; car, n'ayant pas sa source

point à sa charge, et même il répéterait son prix s'il ne l'avait payé que par erreur (L. 2 § 1, *De in diem add.* — L. 16 pr., *De cond. ind.*, XII, 6). Au contraire, lorsque nos deux pactes contiennent une condition résolutoire, il faut prendre le contre-pied de toutes ces décisions.

(1) La loi 12, *De præscriptis verbis* (XIX, 5) nous offre l'exemple d'un pacte assez semblable au réméré, mais qui en diffère en ce que la faculté de résolution n'appartient au vendeur que dans une hypothèse dont la réalisation ne dépend pas de sa volonté.

(2) Le *pactum displicentiæ* répond aux mêmes besoins que la législation des édiles sur les vices, et il y répond d'une manière plus large, car il rend inutile la preuve d'un vice. Ce rapprochement nous explique pourquoi l'acheteur qui veut résoudre la vente est admis ici à user de l'action *redhibitoria* (*Fr. Vat.*, § 14. — L. 31 § 22, *De æd. edict.*).

dans la convention des parties, elle n'assurait pas l'exécution des prestations réciproques qui pouvaient être dues. On s'accorda donc à reconnaître la nécessité d'une action contractuelle. Mais sur le choix de cette action on ne s'accorda plus. Les uns, généralement ceux de l'école Sabinienne, donnent au vendeur l'action *venditi*, et ils la justifient par le principe qui répute compris dans un contrat de bonne foi tous les pactes faits au moment même de sa formation. Que si on leur objecte qu'une vente résolue ne peut plus servir de support à un pacte, ils répondent que l'intention des parties est souveraine, que le contrat n'est pas résolu dans le passé, et que quelque chose subsiste des obligations qui en étaient nées (L. 6 § 1, *De contr. empt.*, XVIII, 1). Les Proculiens, au contraire, n'admettent pas qu'un vendeur exerce l'action *venditi* précisément pour soutenir qu'il a cessé d'être vendeur. Mais la vente supprimée, il reste, disent-ils, une aliénation consentie *certa lege*, c'est-à-dire, dans l'espèce, sous la condition que la propriété serait, le cas échéant, retransférée par l'acquéreur à l'aliénateur. On se trouve donc dans l'hypothèse du contrat innommé *do ut des*, et par conséquent c'est l'action *præscriptis verbis* qu'il faut donner. Telle fut la controverse. Elle se termina très probablement par l'admission définitive des deux doctrines mises sur un pied d'égalité. En effet, Septime Sévère et Caracalla, par des rescrits relatifs à la *lex commissoria*, consacrèrent l'action *venditi* sans paraître exclure l'action *præscriptis verbis* (L. 4 pr., *De leg. comm.*); et quelques années plus tard Alexandre Sévère autorisa indifféremment l'une et l'autre voie pour l'exercice du réméré (L. 2, C., *De pact. int. empt.*, IV, 54). D'où la logique permet de conclure que la même option dut être admise dans tous les cas.

Au surplus, ni dans l'action *venditi*, ni dans l'action *præscriptis verbis*, l'acheteur ne se libère par la simple restitution de la chose. D'une part, en effet, il est tenu à raison de toutes les détériorations qui proviennent de son fait, et, plus largement, à raison du préjudice qu'il a causé d'une manière quelconque à son vendeur (L. 14 1, *De in diem add.*) (1); d'autre part, il ne peut rien retenir des

(1) Lorsque le vendeur, ayant recouvré sa chose en vertu de la *lex commissoria*, la revend moins avantageusement, peut-il exiger que son premier acheteur l'indemnise de cette perte? Il le peut certainement si une convention spéciale l'y autorise (L. 6 § 1, *De contr. empt.*); et comme cette convention était dans les habitudes romaines, nous pouvons conjecturer qu'on arriva à la réputer sous-entendue dans le pacte commissoire (L. 4 § 3, *De leg. comm.*).

bénéfices que la vente lui a procurés, notamment il doit restituer tous les fruits perçus depuis la tradition (L. 6 pr., *De in diem add.*) et céder toutes les actions qu'il a acquises à l'occasion de la chose (L. 4 § 4, *De in diem add.* — L. 11 § 10, *Quod vi aut clam*, XLIII, 24) (1). De son côté le vendeur est obligé de restituer soit le prix ou la portion du prix qu'il a touché, soit les dépenses nécessaires qui ont été faites par l'acheteur (L. 16, *De in diem add.*) (2). Toutefois, lorsque son action est fondée sur la *lex commissoria*, il ne restitue rien, et cela parce qu'alors la résolution est imputable à la faute de l'acheteur : le seul tempérament qu'on apporte à cette excessive sévérité consiste à lui interdire en ce cas la répétition des fruits (L. 4 § 1 ; L. 6 pr., *De leg. comm.*).

Réduit à des actions personnelles, quelles qu'elles fussent, le vendeur ne pouvait ni poursuivre sa chose entre les mains des tiers acquéreurs, ni faire tomber les droits réels dont elle avait été grevée depuis l'aliénation. Bien plus, la chose fût-elle restée franche et libre dans le domaine de l'acheteur, s'il arrivait que celui-ci refusât de la restituer en nature, son insolvabilité pouvait empêcher la pleine exécution de la condamnation. De là une idée nouvelle consistant à tenir la translation de propriété pour résolue de plein droit en même temps que la vente. Cette idée nous apparaît admise par deux jurisconsultes dans le cas particulier d'une *in diem addictio*. C'est d'abord Marcellus qui fait cesser, par l'événement de la condition, tous les droits de gage et d'hypothèque établis par l'acheteur (L. 4 § 3, *De in diem add.*). C'est ensuite Ulpien qui, dégageant l'idée générale dont Marcellus n'avait fait qu'une application particulière, refuse à l'acheteur, une fois la vente résolue, la revendication qui lui appartenait jusque-là (L. 41 pr., *De rei vind.*, VI, 1). Toutes ces décisions signifient bien que la chose rentre de plein droit dans le patrimoine du vendeur ; mais elle y rentre sans effet

(1) Dans le cas spécial d'une *in diem addictio*, l'acheteur qui use de son droit de préférence et qui garde la chose est-il néanmoins tenu de restituer les profits qu'il en a retirés et notamment les fruits ? Cette question se résout, en fait, d'après l'intention des contractants (L. 6 § 1, *De in diem add.*).

(2) Le vendeur ne doit-il pas aussi les intérêts du prix touché et les dépenses simplement utiles ? Ce sont deux questions que les textes ne résolvent pas. Quant aux intérêts, il paraît difficile que le vendeur les retienne, puisque les fruits lui sont restitués. Quant aux dépenses utiles, elles sont dues par le donateur *mortis causa* qui reprend sa chose (L. 14, *De mort. caus. donat.*, XXXIX, 6) ; il semble donc qu'à plus forte raison le vendeur les doit aussi.

rétroactif (1), d'où il suit que les aliénations et les droits réels par lui consentis dans l'intervalle qui s'est écoulé entre la tradition et l'événement de la condition demeurent sans effet. Cette théorie nouvelle fut-elle restreinte par ses auteurs à l'hypothèse de l'*in diem addictio* (2)? Et dans quelle mesure obtint-elle l'adhésion des autres jurisconsultes (3)? Ce sont là des points douteux. Ce qui est probable, c'est qu'on peut la considérer comme admise et même généralisée par Justinien, puisque ce prince reconnut la validité des aliénations faites *ad tempus* (n° 202). Mais fit-elle disparaître l'utilité des actions *venditi* et *præscriptis verbis?* Évidemment non. Car d'abord la revendication ne se conçoit qu'autant que le vendeur était propriétaire au jour de la tradition, la résolution ne pouvant lui rendre des droits qu'il n'avait pas (t. I, p. 766, note 3). En second lieu, et surtout, le juge de l'action en revendication n'a pas qualité pour s'occuper des faits antérieurs à l'époque où le vendeur a recouvré son droit de propriété; donc, pour toutes les restitutions et indemnités déjà dues à cette époque, il n'y a de ressource possible que dans les actions personnelles.

A. Reste à prévoir deux classes d'hypothèses, ou, si l'on veut, deux questions que j'ai écartées jusqu'à présent : 1° lorsque la condition résolutoire n'a été apposée que dans l'intérêt de l'acheteur, par quelle action la fera-t-il valoir? Sabinus et Paul, statuant sur le cas d'un *pactum displicentiæ*, s'accordent à lui donner l'action *ex empto ;* seulement l'un la lui donne comme action directe et l'autre comme action

(1) En faveur de la rétroactivité on pourrait alléguer la loi 9 pr., *De aqua* (XXXIX, 3); mais rien ne prouve que cette loi se réfère à l'hypothèse d'une condition résolutoire, et de plus il est certain que Paul, son auteur, n'admettait pas qu'une translation de propriété pût être résolue *ipso jure* (L. 39, *De mort. caus. donat.*).

(2) Je ne crois pas que cette restriction fût dans la pensée d'Ulpien, et je me fonde sur ce qu'il appliquait certainement sa théorie à la donation *mortis causa* (n° 308). Du reste, il faut reconnaître que l'*in diem addictio* n'ayant d'autre but que de rendre une nouvelle vente possible, la résolution *ipso jure* du transport de propriété était ici plus nécessaire que partout ailleurs. Car le vendeur, réduit à une action personnelle, eût pu se trouver fort embarrassé pour mettre son second acheteur en possession.

(3) Cette adhésion ne saurait s'induire de quelques textes où les expressions *vindicare*, *vindicatio*, se rencontrent, il est vrai, mais dans une signification qui n'a rien de technique (L. 8., *De leg. comm.*). — L. 4, C., *De pact. int. empt.*). Il est même remarquable qu'une constitution d'Alexandre Sévère, sous le règne de qui Ulpien fut préfet du prétoire, refuse formellement la revendication au vendeur.

utile (L. 6, *De resc. vend.*, XVIII, 5). Très probablement d'autres jurisconsultes préféraient l'action *præscriptis verbis*. Mais il ne paraît pas qu'ici l'on ait jamais proposé de faire rentrer de plein droit la chose vendue dans le patrimoine du vendeur. Ce résultat eût été bizarre, puisque la condition est conçue dans l'intérêt exclusif de l'acheteur, et, ce qui est significatif, Marcellus et Ulpien eux-mêmes le repoussent (L. 3, *Quib. mod. pign. solv.*, XX, 6); 2° la condition résolutoire étant de celles qui opèrent *ipso jure* et en conséquence l'une et l'autre parties pouvant s'en prévaloir, dans quelle forme agiront-elles? A chacune, sans aucun doute, il faut donner les mêmes actions personnelles que si la condition eût été apposée dans son intérêt exclusif. Toute la difficulté consiste à savoir si le vendeur est admis à user de la revendication et à méconnaître les droits réels établis par l'acheteur. Dans le silence des textes, j'incline à croire que telle dut être la doctrine d'Ulpien et que telle est celle de Justinien.

DU LOUAGE.

SOMMAIRE : I. Notion générale du louage. — II. Du louage de choses. — III. Du contrat d'emphytéose. — IV. Du louage d'ouvrage.

I. — NOTION GÉNÉRALE DU LOUAGE.

Lib. III, tit. XXIV, *De locatione et conductione*, pr. — Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque juris regulis consistit : nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic enim locatio et conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit ; et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti (Gaius, III, § 142. — Gaius, L. 2, *Loc. cond.*, XIX, 2).

Le louage se rapproche de la vente et se forme d'après les mêmes règles : car, de même que la vente est contractée une fois le prix convenu, de même le louage est réputé contracté lorsque le salaire est fixé, et l'action *locati* compète au bailleur, l'action *conducti* au preneur.

§ 1. — Et quæ supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem et de locatione et conductione dicta esse intelli-

Ce que nous avons dit précédemment pour le cas où la fixation du prix a été confiée à l'arbitrage d'un tiers, doit aussi s'appliquer au

gamus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Qua de causa, si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus quantum inter eos convenerit, non proprie locatio et conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio præscriptis verbis datur (Gaius, III, § 143. — L. 22, *De præscr. verb.*, XIX, 5).

louage, lorsque c'est un tiers qui est chargé de déterminer le salaire. C'est pourquoi, si des vêtements sont remis à un dégraisseur pour les nettoyer et les soigner, ou à un tailleur pour les raccommoder, et cela moyennant un salaire qui n'est pas immédiatement fixé, mais que les parties se réservent de régler par une convention ultérieure, il n'y a pas proprement louage; mais d'un tel contrat naît l'action *præscriptis verbis*.

§ 2. — Præterea, sicut vulgo quærebatur, an permutatis rebus emptio et venditio contrahatur, ita quæri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit, et invicem a te aliam rem utendam sive fruendam acceperit. Et placuit non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractûs : veluti, si quum unum bovem quis haberet et vicinus ejus unum, placuerit inter eos ut per denos dies invicem boves commodarent ut opus facerent, et apud alterum bos periit, neque locati vel conducti, neque commodati competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum; verum præscriptis verbis agendum est (Gaius, III, § 144. — Ulp., L. 17 § 3, *De præscr. verb.*, XIX, 5).

En outre, de même qu'on se demandait si l'échange de deux choses forme un contrat de vente, de même on se demandait s'il y a louage lorsqu'une personne vous remet une chose pour en user et en jouir, et que de votre côté vous lui en remettez une autre pour qu'elle en use et en jouisse. Et l'on a admis que ce n'est pas là un louage, mais un genre particulier de contrat. Par exemple, deux voisins n'ayant l'un et l'autre qu'un seul bœuf, conviennent que, pour exécuter leurs travaux, ils se prêteront alternativement leur bœuf pendant dix jours. Si le bœuf de l'un vient à périr chez l'autre, il n'y a lieu ni aux actions *locati* ou *conducti*, ni à l'action de commodat, car le prêt n'a pas été gratuit, mais bien à l'action *præscriptis verbis*.

615. Le louage est un contrat par lequel je m'engage, moyennant une somme d'argent convenue, à vous procurer la jouissance d'une chose déterminée ou à exécuter pour vous un fait. Il ressort de cette définition que dans le louage, comme dans la vente, l'une des deux

obligations a pour objet invariable un prix; seulement ce prix prend ici le nom particulier de *merces*. A l'inverse, le service rendu en échange du prix n'est pas toujours de même nature : selon qu'il a pour objet la jouissance d'une chose ou l'exécution d'un fait, le louage s'appelle louage de choses (*locatio rerum*) ou louage d'ouvrage, ce dernier se subdivisant lui-même, on le verra bientôt, en *locatio operarum* et *locatio operis faciendi*.

A l'exemple de la vente, le louage se forme, ainsi le veut son caractère de contrat consensuel, par cela seul qu'à l'intention réciproque de s'obliger se joint l'accord des volontés sur l'objet des deux obligations. Mais cette règle n'est plus entière dans le droit de Justinien, ce prince appliquant ici la même distinction qu'entre les ventes faites par écrit et les ventes faites sans écrit (t. II, p. 444, note 4). Aussitôt le contrat formé, les parties prennent les noms de *locator* et de *conductor*; l'une a l'action *locati*, l'autre l'action *conducti* (pr. *sup.*). Dans le louage de choses, le *locator* est celui qui procure à l'autre la jouissance de sa chose ; le *conductor* est celui qui paye la *merces*. Il semble donc que par analogie, et pour avoir une théorie rationnelle et une, on aurait dû dans le louage d'ouvrage appeler *locator* celui qui fournit son fait et *conductor* celui qui paye la somme d'argent. Tel est, en effet, le langage admis dans la *locatio operarum* ; mais dans la *locatio operis faciendi*, on renverse les rôles, et par une bizarrerie que j'essayerai bientôt d'expliquer, mais non de justifier, on nomme *locator* celui qui paye la *merces* et *conductor* celui qui fournit son travail ou ses services. Les noms et les rôles des contractants ne sont donc pas uniformément déterminés par l'objet respectif de leurs obligations.

Dans l'une et l'autre espèce de louage, la *merces* est soumise à des règles identiques, et ces règles ne sont que la reproduction de celles qui ont été posées relativement au prix de vente. Elles sont donc au nombre de trois :

1° La *merces* doit consister en argent (1). — De là une controverse

(1) De ce principe naît une question intéressante : faut-il voir un louage dans le colonat partiaire, c'est-à-dire dans la convention qui m'autorise et m'oblige à cultiver le fonds d'autrui sous la seule condition de partager annuellement les fruits avec le propriétaire ? Envisagée en elle-même, cette convention s'analyse plutôt en une société dans laquelle l'un apporte sa chose, l'autre son travail et son industrie. Mais est-ce là, en principe, le point de vue romain ? Deux raisons permettent au moins le doute : d'abord, le colon partiaire porte le même nom (*colonus*) que le fermier proprement dit, et le contrat lui-même s'appelle *locatio* (*locare par-*

que Gaius (III, § 144) constate sans rapporter les diverses opinions en litige et sans exprimer la sienne : on se demandait s'il fallait appliquer les règles du louage dans le cas où je vous aurais livré ma chose pour vous en servir et où réciproquement vous m'auriez livré la vôtre pour m'en servir (1). Les Institutes reprennent la question et l'illustrent en quelque sorte par un exemple saisissant qu'elles empruntent à Ulpien : je n'ai qu'un bœuf et vous n'en avez qu'un aussi ; nous convenons que je me servirai du vôtre pendant dix jours et que vous vous servirez du mien pendant dix autres jours. Mon bœuf périt à votre service et par votre faute. De quelle action serez-vous tenu ? On avait proposé l'action née du louage et l'action de commodat ; mais l'une est inadmissible parce qu'il n'y a pas de *merces* consistant en argent, et l'autre parce que la gratuité fait défaut (2). Justinien, reconnaissant donc que l'opération s'analyse en un contrat innommé, donne, conformément à sa doctrine générale et comme le faisait déjà Ulpien, l'action *præscriptis verbis* (§ 2 *sup.* — L. 17 § 3, *De præscr. verb.*) (3).

2° La *merces* doit être *certa* (pr. *sup.*). Et de là deux questions : 1° y a-t-il louage, lorsque la fixation du prix est remise à l'arbitrage d'un tiers déterminé ? Les Institutes de Gaius (III, § 143) posaient la question sans y répondre. Mais Justinien décide, comme il l'a déjà

tibus, dit Pline le jeune, *Epist.*, IX, 37) ; puis, chose plus significative encore, Ulpien, qui mentionne en passant le colonat partiaire, se contente d'en signaler l'analogie avec la société ; mais analogie n'est pas identité (L. 25 § 6, *Loc. cond.*). Quoi qu'il en soit, ce contrat ne saurait comporter l'application absolue des règles du louage : elles y sont généralement tempérées par celles de la société. Au surplus, son caractère de contrat consensuel n'est pas douteux, puisqu'à cet égard il n'y a pas de différence à faire entre société et louage.

(1) La façon dont Gaius pose la question prouve que la controverse ne portait pas sur le caractère obligatoire ou non de la simple convention. A cet égard, on appliquera l'observation qui va être présentée tout à l'heure sur une autre hypothèse controversée (p. 489, note 2).

(2) L'hypothèse prévue par Justinien ne doit pas être confondue avec celle-ci : Je vous prête mon bœuf sans rien exiger de vous ; puis à votre tour, et sans y être obligé, vous me prêtez le vôtre. Il y a ici un double commodat ; car les deux services rendus, ne se rattachant pas à une seule et même convention, ne sauraient être considérés comme se servant réciproquement de cause et de salaire.

(3) Sur la question que Justinien tranche ici, le Digeste contient deux textes contraires. L'hypothèse est celle de deux copropriétaires entre lesquels il a été convenu que chacun aurait une année sur deux la jouissance exclusive du fonds indivis. La convention étant exécutée par l'une des parties et violée par l'autre, Africain donne les actions qui dérivent du louage (L 35 § 1, *Loc. cond.*), et Ulpien l'action *præscriptis verbis* (L. 32, *Comm. div.*, X, 3). Cette seconde opinion est la seule correcte dans le droit de Justinien.

fait en matière de vente, que le contrat ne se forme que sous cette condition : *si le tiers fixe réellement le prix*. Donc, ce tiers ne pouvant on ne voulant pas répondre à la confiance des parties, le louage est réputé non avenu (§ 1 *sup.*) (1) ; 2° y a-t-il louage lorsqu'un dégraisseur a reçu des vêtements pour les nettoyer, ou un tailleur pour les raccommoder, et cela moyennant un prix qui ne doit être fixé qu'après l'exécution du travail? Ici encore les Institutes de Gaius posaient la question et ne la résolvaient pas (2). Mais Justinien exclut formellement l'idée d'un louage et, reconnaissant que notre hypothèse n'offre que les éléments d'un contrat innommé, sanctionne les obligations des parties par l'action *præscriptis verbis*.

3° La *merces* doit être *vera*. — Les textes s'accordent à reconnaître que, là où elle est fictive, le louage est nul en tant que louage et ne peut valoir que comme donation, par conséquent d'après les règles spéciales à cette espèce d'actes (L. 46, *Loc. cond.*, XIX, 2. — L. 10 § 2, *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2) (3).

(1) Cette doctrine figure au Digeste dans un texte mis sous le nom de Gaius (L. 25 pr., *Loc. cond.*, XIX, 2). Mais l'interpolation s'accuse avec évidence aux yeux même les moins clairvoyants. Non seulement, en effet, le texte exprime les idées de Justinien, mais il lui emprunte sa forme, il est la copie presque textuelle d'un passage des Institutes (§ 1, *De empt. vend.*).

(2) Il faut bien s'entendre sur le sens de cette question. Gaius suppose les vêtements remis au dégraisseur ou au tailleur; il ne s'agit donc pas de savoir si la convention conclue entre ces personnes et le propriétaire est par elle-même obligatoire; à cet égard, la négative paraît avoir été universellement admise. La vraie difficulté est celle-ci : une fois la convention changée en contrat par un commencement d'exécution, quelles sont les actions qu'il faudra donner aux parties? La réponse à faire dépendait de la doctrine générale qu'on adoptait sur la façon de sanctionner les contrats innommés. Car nous sommes ici en présence d'un contrat *facio ut des*. Quant à Gaius, je crois fort probable que, conformément à une opinion très répandue dans son école, il se refusait à munir les contrats innommés d'une action particulière, et se contentait ici d'une action *in factum* semblable par ses résultats aux actions qu'engendre le louage. C'est ce que je conclus d'un texte où, prévoyant exactement notre hypothèse, il reconnaît qu'elle donne lieu à une action *in factum* (L. 22, *De præscr. verb.*, XIX, 5). A la vérité, d'après les quatre mots (*id est præscriptis verbis*) qui terminent le texte, cette action ne serait autre que l'action *præscriptis verbis*. Mais ces mots doivent être tenus pour ajoutés par Justinien, qui a voulu fortifier sa doctrine en la plaçant sous l'autorité de Gaius.

(3) Nonobstant cette règle, qui est commune à la vente et au louage, nous trouvons des conventions qui, quoique faites *nummo uno*, c'est-à-dire pour un prix fictif tant il est dérisoire, produisent néanmoins, sous les noms de vente et de louage, des effets très réels. Supposons, par exemple, qu'une dot ait pour objet l'usufruit d'un fonds. Le divorce venu, et par hypothèse la nue propriété de ce fonds n'appartenant pas à la femme, comment s'opérera la restitution de la dot? Car l'usufruit ne peut quitter son titulaire que pour rejoindre la nue propriété,

II. — DU LOUAGE DE CHOSES (1).

Lib. III, tit. XXIV, *De locatione et conductione*, § 5. — Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet; et, si quid in lege prætermissum fuerit, id ex bono et æquo debet præstare. Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti, aut jumenti mercedem aut dedit, aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, quam si præstiterit, et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.

Le preneur doit se conformer de tous points aux clauses du bail; et si quelque chose y a été omis, il en est tenu conformément au bien et à l'équité. Celui qui a reçu des vêtements, un objet d'argent ou un cheval, pour s'en servir moyennant un salaire donné ou promis, doit garder la chose avec tout le soin que le père de famille le plus diligent apporte dans ses propres affaires; s'il l'a fait, et que néanmoins il perde la chose par quelque hasard, il n'est pas tenu à la restituer.

§ 6. — Mortuo conductore intra tempora conductionis, heres ejus eodem jure in conductione succedit.

Le preneur venant à mourir avant l'expiration du terme fixé par le contrat, le bail passe à son héritier sous les mêmes conditions.

616. Quel est l'objet de la *locatio rei*, quels en sont les effets, et comment elle prend fin : telles sont les questions à examiner.

De l'objet de la LOCATIO REI. — Distinguons ici entre les choses corporelles et les choses incorporelles. Quant aux choses corporelles, il y

Le mari, nous dit Pomponius, vendra son usufruit à la femme ou le lui louera *nummo uno* (L. 66, *De jur. dot.*, XXIII, 3). Au fond cela signifie qu'il se dépouillera pour elle de l'exercice de son droit et que ce dépouillement sera gratuit. — En sens inverse, on trouve telle convention de louage qui, tout en faisant naître l'obligation de payer la *merces*, n'engendre néanmoins aucune obligation réciproque. Tel est le bail que le vendeur consent à l'acheteur pour le temps qui pourra s'écouler entre la tradition et le payement du prix (L. 20 § 2, *Loc. cond.*). Maintenant, pourquoi appeler vente ou louage des conventions qui ne répondent pas à la définition de ces contrats? Cela tient à ce que, d'après les principes généraux du droit romain, de telles conventions ne seraient pas obligatoires. Or, à cause de leur grande utilité pratique, on veut qu'elles le soient, et pour cela on les fait rentrer bon gré mal gré dans un des types consacrés par le droit civil.

(1) Dans cette espèce de louage, le *locator* ou bailleur prend le nom de *dominus*, et ce nom lui convient alors même qu'il n'est pas propriétaire, attendu qu'il est toujours traité comme tel dans ses rapports avec le *conductor* ou preneur. Quant à ce dernier, on l'appelle spécialement *colonus* ou *inquilinus*, selon que le bail porte sur un fonds rural ou sur une maison.

a deux règles à poser : 1° pour figurer valablement dans un louage, il suffit en principe qu'elles soient dans le commerce. Par exception, nul ne prend valablement à bail sa propre chose, à moins que le locateur n'ait sur elle un droit qui puisse être opposé au preneur lui-même, par exemple un droit d'usufruit (L. 20, C., *De loc.*, IV, 65. — L. 29 pr., *Quib. mod. ususfr. amitt.*, VII, 4) (1) ; 2° il faut que ces choses soient envisagées comme corps certains, d'où il résulte qu'en fait celles qui se consomment par le premier usage entreront aussi rarement dans un louage que dans un commodat (n° 594). Quant aux choses incorporelles, les seules qui par elles-mêmes puissent faire l'objet d'un bail principal et distinct sont l'usufruit, les *operæ servi*, l'emphytéose, la superficie, et sous Justinien le droit d'habitation (n°s 275 *in fine*, 281, 283 et 283 *bis*). On remarquera seulement que la location d'un immeuble comprend par voie de conséquence, et à titre d'accessoire, toutes les servitudes actives qui y sont attachées. Ce qui le prouverait au besoin, c'est que le preneur est responsable de l'extinction de celles qu'il a laissé périr faute de les exercer (L. 11 § 2, *Loc.*).

Des effets de la LOCATIO REI. — Ces effets consistent en des obligations réciproques. Si nous envisageons d'abord celles du bailleur, il doit avant tout procurer au preneur la jouissance de la chose pendant toute la durée du bail (*præstare frui licere*). En d'autres termes, celui-ci est investi d'une créance qui a pour objet tant l'usage proprement dit que les fruits (2). Mais les fruits ne lui appartiennent, comme à l'usufruitier, qu'après qu'il les a perçus ou fait percevoir (Inst., § 36, *De div. rer.*, II, 1. — L. 61 § 8, *De furt.*, XLVII, 2) (3). Du reste peu importe qu'il jouisse par lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers ; il lui est donc permis de sous-louer toutes les fois qu'une convention contraire ne le lui défend pas (L. 6, C., *De loc. cond.*) (4).

(1) Voy., dans le même ordre d'idées, une observation précédemment faite (t. II, p. 426, note 2).

(2) Le mot *frui* n'a donc pas ici le sens restreint que les textes lui donnent en matière d'usufruit.

(3) Si donc les fruits viennent à être volés avant qu'il les ait perçus, nous lui donnerons bien l'action *furti* (L. 26 § 1, *De furt.*), mais non pas les actions *rei persequendæ gratia* qui compètent à la suite d'un vol. Toutefois, et en cela sa position est préférable à celle d'un usufruitier, il pourra exiger la cession de ces actions, l'équité ne permettant pas que le bailleur cumule le bénéfice des fruits et celui de la *merces* (L. 60 § 5, *Loc. cond.*).

(4) Malgré l'absence de textes formels, il n'est guère possible d'appliquer cette décision au colon partiaire. C'est ici un des cas où il faut faire prédominer son caractère d'associé. Car évidemment le propriétaire l'a choisi en vue de ses qua-

Mais l'usage qu'il fait de cette faculté ne l'empêche pas de rester créancier et débiteur de son propre locateur, et d'autre part la sous-location n'engendre d'obligations qu'entre lui-même et le sous-preneur.

Cette première obligation du bailleur ne lui interdit pas seulement les actes qui seraient de nature à troubler la jouissance du preneur (L. 15 § 8, *Loc. cond.*) (1). Par voie de conséquence elle entraîne aussi certaines obligations positives, dont voici les plus importantes : 1° il doit livrer la chose et la livrer avec les accessoires expressément ou tacitement contenus dans le bail (L. 19 § 2, *Loc.*). Mais cette tradition ne transfère ni droit réel, ni possession (L. 6 § 2, *De prec.*, XLIII, 26); elle n'a d'autre but que de rendre la jouissance possible; 2° il doit entretenir la chose, par conséquent y faire toutes les réparations dont elle a besoin (L. 15 § 1 ; L. 25 § 2, *Loc. cond.* — L. 13 § 6, *De Damn. inf.*, XXXIX, 2); 3° il répond, soit qu'il les ait connus ou ignorés, des vices qui empêchent ou diminuent la jouissance (L. 19 § 1, *Loc. cond.*); 4° il est garant de l'éviction subie par le preneur. Cette éviction se rattache toujours à l'une des deux causes suivantes : ou le bailleur n'était pas propriétaire de la chose, et alors le preneur est dépossédé comme pourrait l'être tout autre ayant-cause, même celui qui alléguerait une tradition fondée sur une *justa causa* (L. 9 pr., *Loc. cond.*); ou bien le bailleur, propriétaire au moment du contrat, a aliéné la chose ultérieurement, et alors, comme le preneur n'a pas de droit réel, l'antériorité de son titre ne saurait le protéger contre le titre plus fort de l'acquéreur, et celui-ci l'expulse très régulièrement à moins de s'être obligé, par une clause formelle de son acquisition, à respecter le bail (L. 9, C., *De loc.* — L. 25 § 1, *Loc. cond.*) (2). Dans tous les cas, le preneur ainsi dépossédé n'est pas seulement déchargé de ses obligations pour l'avenir, il a droit à la réparation intégrale du dommage qu'il éprouve (3).

lités personnelles, et, la culture passant en d'autres mains, la somme des fruits à partager pourrait être moindre.

(1) Lorsqu'une maison louée a un besoin urgent de réparations, le preneur est obligé de les supporter, pourvu que le trouble apporté à sa jouissance ne soit pas excessif. Il y a là une question de fait (L. 27 pr., *Loc. cond.*).

(2) Par voie de réciprocité, une telle clause permet certainement à l'acquéreur d'exiger la cession des actions du bailleur, afin de contraindre le preneur à l'exécution de ses obligations. Mais cette cession ne saurait être obligatoire en faveur de l'acquéreur qui ne s'est pas engagé à maintenir le bail.

(3) Lorsque c'est la chose d'autrui qui a été donnée à bail, et que plus tard le preneur l'acquiert du véritable propriétaire, est-il fondé, comme le serait un acheteur dans la même situation, à exiger des dommages-intérêts? Je réponds oui,

Une seconde obligation du bailleur, mais tout à fait accidentelle, consiste à rembourser les dépenses nécessaires ou utiles que le preneur a pu faire sur la chose (L. 55 § 1 ; L. 61 pr., *Loc. cond.*). Cela s'explique, quant aux dépenses nécessaires, par cette considération que le bailleur devait lui-même les faire (1), et quant aux dépenses utiles, par l'intention présumée des parties.

Passons aux obligations du preneur (2). La plus importante consiste à payer la *merces*. Bien que la *merces*, envisagée en elle-même et comme élément de la formation du contrat, doive satisfaire exactement aux mêmes conditions que le prix de vente, il y a de notables différences entre l'obligation dont elle est l'objet et l'obligation de payer un prix de vente : 1° en fait, et à moins que le bail ne se restreigne à une durée tout à fait brève, la *merces*, au lieu d'être naturellement payable en une seule fois, se décompose en une série de prestations exigibles à des époques périodiques, par exemple tous les ans. Chaque prestation s'appelle *pensio*; 2° lorsqu'il s'agit d'un bail rural, et que, par des circonstances accidentelles et imprévues, la récolte d'une année se trouve anéantie ou presque insignifiante, le fermier peut exiger la remise de la prestation correspondante (3). Seulement cette remise n'est définitive qu'autant que les récoltes subséquentes ne sont pas assez riches pour l'indemniser (L. 15 §§ 2 à 7, *Loc. cond.*) ; 3° la *merces* cesse absolument d'être due pour l'avenir, et même ce qui en a été payé d'avance peut être répété, toutes les fois que par une cause quelconque le preneur est mis dans l'impossibilité définitive de jouir (L. 19 § 6, *Loc. cond.*). Toutes ces différences se ramènent facilement à une

lorsqu'il acquiert à titre onéreux. Si, au contraire, son acquisition est gratuite, il n'a droit qu'à la résolution du bail (L. 9 § 6 ; L. 10, *Loc. cond.*).

(1) Il y a des dépenses nécessaires dont la loi elle-même impose au preneur de faire l'avance lorsque le propriétaire ne les fait pas. Telles sont celles qui ont pour objet l'entretien et la réparation de la voie publique le long de la maison louée (L. 1 § 3, *De via publ.*, XLIII, 10).

(2) On a déjà vu (n° 289) que ces obligations sont garanties par une hypothèque tacite qui porte, s'il s'agit d'une maison, sur les meubles dont le preneur la garnit, et, s'il s'agit d'un fonds rural, sur les fruits. Cette dernière hypothèque subsiste, nonobstant toute sous-location, au profit du bailleur primitif (L. 24 § 1 ; L. 53, *Loc. cond.*).

(3) Il faut évidemment supposer le cas fortuit antérieur à l'époque où le fermier est devenu propriétaire de la récolte Au surplus, dans l'hypothèse d'un colonat partiaire, le colon n'a rien à exiger à raison de la pauvreté de la récolte ; il simplement perdu son temps et ses frais, comme il arrive à un associé lorsque société se liquide sans bénéfices (L. 25 § 6, *Loc. cond.*).

seule et même idée générale qui est celle-ci : les obligations du vendeur et de l'acheteur peuvent sans difficulté s'exécuter d'une manière complète à un moment donné ; donc, une fois nées, elles sont pleinement indépendantes l'une de l'autre. Au contraire, celles du bailleur et du preneur sont dans un perpétuel état de dépendance réciproque ; et cela tient à ce que, les deux obligations étant corrélatives, la *merces* n'est due qu'autant que le preneur a pu jouir ; or, cette jouissance, par la force des choses, ne lui est fournie que d'une manière successive, d'où il suit que nécessairement son obligation elle-même présente un caractère successif.

En dehors du payement de la *merces*, le preneur est encore tenu de trois obligations spéciales : 1° il doit user de la chose en bon père de famille, par conséquent ne pas déserter la culture et veiller à la conservation des servitudes actives (L. 25 § 3, *Loc. cond.*); 2° il doit respecter la destination de la chose, et cela encore que peut-être on dût trouver avantage à la changer ; 3° enfin, sauf l'hypothèse d'une perte fortuite, il est tenu de restituer une fois le bail fini (§ 5 *sup.*). Cette obligation est tellement rigoureuse, que les prétentions qu'il pourrait élever à la propriété ne l'en affranchiraient pas. Toute sa ressource serait de revendiquer après avoir restitué (L. 25, C., *De loc.*) (1).

Il convient d'ajouter que le bailleur et le preneur sont tous les deux responsables et de leur dol, puisque le contrat est de bonne foi, et de leur faute envisagée d'une manière abstraite, puisqu'il est à titre onéreux (§ 5 *sup.* — L. 28, C., *De loc.*). Au surplus, des pactes adjoints peuvent étendre ou restreindre leurs obligations respectives.

617. *Comment finit la* LOCATIO REI ? — Les Institutes (§ 6 *sup.*) ne répondent pas à la question : elles se bornent à constater que la

(1) On compare souvent la situation de l'usufruitier à celle du preneur. Les différences les plus essentielles se résument dans ces deux propositions : 1° l'usufruitier est investi d'un droit réel. — En conséquence, une action *in rem* lui est donnée ; les aliénations postérieures à la constitution de son droit n'ont aucun effet contre lui, et il peut avoir une quasi-possession protégée par des interdits ; 2° il n'est pas créancier du nu propriétaire. — Donc il ne peut exiger que celui-ci entretienne la chose ; il souffre seul des mauvaises récoltes ; la perte de la chose éteint son droit sans le décharger des obligations qu'il a pu contracter pour devenir [u]sufruitier ; enfin l'éviction ne lui ouvre aucun recours, à moins que l'usufruit n'ait été [éta]bli en exécution d'une vente ou plus généralement d'une obligation contractée [à ti]tre onéreux.

mort du preneur ne met pas fin au bail (1), ce qui est également vrai de la mort du bailleur. La continuation du bail est donc tout à la fois une obligation et un droit pour l'héritier de chaque partie (2).

Régulièrement le louage de choses ne finit que par l'arrivée du terme convenu (3). Que si l'on recherche quel était ordinairement ce terme, il faut distinguer ; les textes qui se réfèrent à des baux d'immeubles ruraux les supposent volontiers conclus pour cinq ans : telle était donc la pratique la plus suivie. Pour toute autre espèce de baux les indications nous manquent, et cela sans doute parce qu'il n'y avait plus ici d'usage général. Quoi qu'il en soit à cet égard, on doit se demander ce qui arrive lorsque, après l'expiration du terme fixé, le preneur reste et est laissé en possession. Le silence réciproque des parties donne alors naissance à un nouveau bail que les interprètes appellent tacite reconduction (4). Ce nouveau bail est naturellement présumé conclu sous les mêmes conditions que le précédent, cela toutefois sous une double réserve : 1° les sûretés par lesquelles un tiers avait garanti l'obligation de l'un des contractants n'accèdent pas à la nouvelle obligation. Telle est la décision formelle d'Ulpien à l'égard des gages et hypothèques (L. 13 § 11, *Loc. cond.*), et il faut l'étendre sans hésiter à toute espèce de sûretés personnelles, car on ne peut présumer l'adhésion d'un tiers à une convention dans laquelle il n'a point figuré (L. 7, C., *De loc.*) ; 2° la tacite reconduction n'a pas même durée que le précédent bail. S'il s'agit de biens ruraux, on la répute faite pour un an. Quant aux maisons, elle n'a pas de terme fixe, chaque partie restant maîtresse de la faire cesser à son gré (L. 13 § 11, *Loc. cond.*) (5).

(1) Des doutes, peu sérieux du reste, paraissent s'être élevés sur ce point (L. 10, C., *de loc.*).

(2) Julien (L. 32, *Loc. cond.*) cite un cas exceptionnel où l'héritier du *locator* n'a pas l'action *locati* faute d'intérêt, et néanmoins reste tenu de l'action *conducti*.

(3) En supposant que les parties n'aient pas fixé de terme, quelle sera la durée du bail? Dans le silence des textes, on peut être tenté de croire que ce sera celle d'une tacite reconduction.

(4) Puisque la tacite reconduction repose sur un accord présumé de volontés, elle ne peut être admise qu'autant qu'à l'arrivée du terme les deux contractants sont encore capables de consentir. Que, par exemple, l'un d'eux soit décédé ou tombé en démence, le bail, dit Ulpien, ne se renouvelle pas (L. 14, *Loc. cond.*). Cependant cette décision n'est vraie, je le pense, qu'autant que le défunt n'a pas d'héritier ni le fou de curateur.

(5) Après avoir ainsi décidé relativement aux baux urbains, le texte ajoute cette restriction : *nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est*. Le sens de ces mots est controversé. Ils signifient, pour les uns, que lorsque la durée du

A. Le bail finit quelquefois avant l'arrivée du terme. D'abord, la perte fortuite de la chose louée le résout de plein droit, parce qu'elle ôte à l'une des obligations son objet et à l'autre sa cause (L. 9 § 1, *Loc. cond.*). Plus fréquemment, le preneur est expulsé pour avoir abusé de sa jouissance ou laissé passer deux ans de suite sans payer la *merces*. Cette expulsion est même autorisée en dehors de toute faute, lorsqu'il s'agit d'une maison et que le bailleur en a besoin pour son usage personnel ou veut la rebâtir (L. 54 § 1 ; L. 56, *Loc. cond.*). Enfin la résolution est demandée par le preneur lui-même, soit que, devenu propriétaire ou usufruitier de la chose, il n'en jouisse désormais qu'à un titre nouveau (L. 9 § 6 ; L. 10, *Loc. cond.* — L. 34 § 1, *De usuf.*, VII, 1), soit qu'il perde tout à fait sa jouissance ou la voie considérablement diminuée par le fait du locateur ou d'un tiers (L. 25 § 2 ; L. 33, *Loc. cond.*). Quant aux effets de la résolution, ils se déterminent d'après la distinction suivante : si de part et d'autre elle n'implique ni dol ni faute, elle fait simplement cesser les obligations des contractants pour l'avenir ; dans le cas contraire, celui qui a commis le dol ou la faute doit des dommages-intérêts.

III. — DU CONTRAT D'EMPHYTÉOSE.

Lib. III, tit. XXIV, *De locatione et conductione*, § 3. — Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quæri soleat utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio : ut ecce de prædiis quæ perpetuo quibusdam profruenda traduntur, id est, ut quam-

L'affinité de la vente et du louage est telle, qu'en certains cas on se demande si le contrat est une vente ou un louage. La question s'élève par exemple à l'égard des fonds qui sont livrés à certaines personnes pour en jouir à perpétuité, en ce sens qu'aussi longtemps que le loyer ou la redevance sera payée au propriétaire, il ne pourra ôter le fonds

premier bail a été fixée par écrit, elle détermine celle du second ; pour les autres, que si l'éventualité d'une tacite reconduction a été prévue dans le premier bail et que la durée en ait été réglée par écrit, cette convention lie les parties. La première interprétation est peut-être plus conforme au texte, et la seconde plus rationnelle en elle-même. La première aboutit à cette bizarrerie que la tacite reconduction aurait souvent une durée plus longue pour les maisons que pour les biens ruraux ; mais la seconde a le tort de présenter comme spéciale aux baux urbains une doctrine qui est évidemment vraie de toute espèce de baux. Je serais fort porté à croire que les mots précités ne figuraient pas dans le texte original.

diu pensio sive reditus pro his domini præstetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit aliove quoquo modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractui propriam statuit naturam, neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam; et, si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere ac si natura talis esset contractus : sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc, si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum; sin particularis, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire. Quo jure utimur (Gaius, III, § 145).

ni au preneur, ni à son héritier, ni à celui à qui le preneur ou son héritier l'aurait vendu, donné, constitué en dot ou aliéné d'une façon quelconque. Mais, comme aux yeux des anciens ce contrat était d'une nature douteuse, les uns y voyant un louage et les autres une vente, Zénon a rendu une loi aux termes de laquelle l'emphytéose devient un contrat spécial, qui ne rentre ni dans la vente ni dans le louage, mais se règle d'après les conventions des parties. Ces conventions doivent être observées, comme si elles découlaient de la nature du contrat. Que s'il n'en a été fait aucune sur les risques de la chose, alors la perte totale tombe sur le propriétaire, la perte partielle sur l'emphytéote. Telle est notre pratique.

618. L'emphytéose est la convention qui par son exécution donne naissance au droit réel déjà étudié sous ce nom (n° 283 *bis*). Que cette convention fût obligatoire par elle-même, par conséquent constituât un contrat, cela ne paraît pas avoir été discuté. Mais on se demanda pendant longtemps s'il fallait la faire rentrer dans la vente ou dans le louage. Et en effet, si d'une part elle ressemble à la vente par la perpétuité et par le caractère réel du droit que la mise en possession fait acquérir à l'emphytéote, d'autre part elle se rapproche beaucoup plus du louage en ce que l'emphytéote ne devient pas propriétaire, et en ce que sa principale obligation a pour objet, non pas un prix unique, mais une série de prestations corrélatives à sa jouissance. L'intérêt de la question se présentait surtout lorsque la chose venait à périr par cas fortuit. L'emphytéose était-elle un louage : l'emphytéote cessait d'être tenu. Était-elle une vente : il devait continuer le service de la redevance. Décider en ce dernier

sens eût été bien inique, et c'est pourquoi Gaius (III, § 145) et ses contemporains inclinaient plutôt à admettre l'idée d'un louage. Néanmoins la controverse se prolongea jusque vers la fin du ve siècle, époque où l'empereur Zénon la trancha en faisant de l'emphytéose un contrat à part (L. 1, C., *De jur. emph.*, IV, 66). Mais quelles seraient les règles générales de ce cinquième contrat consensuel, et comment appeler les actions qui en dérivent? C'est sur quoi l'empereur ne s'explique pas. Il se contente de nous dire que les conventions des parties sont souveraines, et pour le cas où elles seraient muettes il ne se préoccupe que d'une seule question, celle des risques, qu'il résout par une distinction entre la perte totale et la perte partielle, mettant la première à la charge du propriétaire et la seconde à la charge de l'emphytéote (1).

En dehors de cette première différence entre l'emphytéose et le louage, et laissant de côté celles qui tiennent à la durée et à la nature du droit de l'emphytéote, je relèverai les suivantes : 1° l'emphytéote ne peut pas exiger que le propriétaire entretienne la chose en bon état; 2° c'est lui qui supporte la charge de l'impôt foncier (L. 2, C., *De jur. emph.*); 3° les fruits lui sont acquis, comme au possesseur de bonne foi, dès l'instant de leur séparation. Telle était déjà la règle ancienne à l'égard du possesseur de l'*ager vectigalis* (L. 25 § 1, *De usur.*, XXII, 1); 4° dans la législation de Justinien, l'emphytéote qui se propose de céder son droit est tenu de notifier au propriétaire les offres qu'on lui fait. Cette notification marque le point de départ d'un délai de deux mois pendant lequel ce dernier exerce, s'il lui plaît, un droit de préemption (2); sinon, il est réputé accepter la cession, c'est-à-dire qu'à la place de l'emphytéote, désormais libéré, il a pour unique débiteur le cessionnaire, celui-ci toutefois lui devant, en retour et comme salaire de son consentement, une somme égale au cinquantième du prix ou de la valeur du fonds (L. 3, C., *De jur. emph.*) (3);

(1) Cette question était probablement la seule qui en pratique eût soulevé de véritables difficultés. Quant aux actions qui sanctionnent le contrat d'emphytéose, c'étaient sans doute les actions *locati* ou *conducti*. Mais depuis la disparition de la procédure formulaire il y avait peu d'intérêt à distinguer les actions par des noms spéciaux, et de là sans doute le silence de Zénon.

(2) Ce droit de préemption suppose-t-il nécessairement un projet de cession à titre onéreux? Je ne le crois pas. Lorsqu'il s'agit d'une cession gratuite, le propriétaire peut offrir à l'emphytéote la valeur estimative du fonds.

(3) Cette constitution nous apprend qu'avant Justinien on discutait si l'emphytéote pouvait céder son droit à titre particulier sans le consentement du proprié-

5° l'emphytéote qui est resté trois ans (1) sans acquitter ou la redevance ou l'impôt foncier, encourt déchéance et peut être expulsé. Telle est la décision de Justinien (L. 2, C., *De jur emph.*).

IV. — DU LOUAGE D'OUVRAGE.

Lib. III, tit. XXIV, *De locatione et stipulatione*, § 4. — Item quæritur, si cum aurifice Titius convenerit ut is ex auro suo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret, et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio contrahi videatur, an locatio et conductio ? Cassius ait, materiæ quidem emptionem et venditionem contrahi, operæ autem locationem et conductionem. Sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est quin locatio et conductio sit (Gaius, III, § 147).

De même, lorsque Titius convient avec un orfèvre que ce dernier emploiera son or à lui faire des anneaux d'un certain poids et d'une certaine forme, et recevra par exemple dix sous d'or, on se demande si ce contrat doit être réputé vente ou louage ? Cassius dit qu'il y a vente de la matière et louage du travail. Mais on admet qu'il y a seulement vente. Que si Titius a fourni son or et que le salaire du travail ait été déterminé, sans aucun doute le contrat constitue un louage.

619. La première difficulté qui se rencontre ici consiste à fixer le caractère des faits qui peuvent entrer dans un contrat de louage (2). Or, à cet égard, les indications éparses dans les textes nous conduisent à poser les trois règles suivantes : 1° le louage ne peut pas avoir pour objet des faits juridiques, par exemple l'affranchissement

taire. Le doute, évidemment, ne portait pas sur la validité de la cession entre les parties; la vraie question était de savoir si cette cession libérait l'emphytéote et lui substituait comme obligé son acquéreur.

(1) Deux ans, s'il s'agit de biens ecclésiastiques (Nov. 120, cap. 8).

(2) Les Institutes (§ 13, *De mand.*, III, 26) et le Digeste (L. 1 § 4, *Mand.*, XVII, 1) exagèrent en disant que toute convention qui, gratuite, constitue un mandat, devient louage par l'intervention d'un salaire. Ainsi, quand je m'engage gratuitement à faire pour vous un voyage, à acheter quelque chose pour votre compte ou à toucher ce qui vous est dû, il y a bien mandat; mais si je me faisais payer, il y aurait non pas un louage, cela résulte des règles qui vont être posées, mais un simple pacte qui, une fois exécuté d'un côté, se convertirait en contrat innommé.

d'un esclave (L. 5 § 2, *De præscr. verb.*, XIX, 5) ; 2° il a nécessairement pour objet un fait qui s'applique à une chose corporelle. C'est en vertu de cette règle un peu arbitraire que les Romains refusent de voir un louage dans la convention par laquelle je m'engage, moyennant une certaine somme, à faire un voyage dans votre intérêt (L. 5 pr., *De cond. caus. dat.*, XII, 4). Du reste, il n'est pas nécessaire que le fait tende à transformer ou à modifier la chose : ainsi, quand pour dix sous d'or je me charge de transporter un objet ou de veiller à sa garde (Inst., § 13, *De mand.*, III, 26), il y a louage tout aussi bien que s'il s'agissait de réparer une chose endommagée ou d'en fabriquer une nouvelle avec votre matière (§ 4 *sup.*) ; 3° il est essentiel que le fait se prête à une exacte estimation pécuniaire. Cette condition se trouve presque infailliblement remplie quand la précédente l'est elle-même. Et néanmoins il ne faut pas les confondre. Ainsi l'*agrimensor* que je paye pour mesurer la contenance de mon terrain n'est pas considéré comme louant ses services (L. 1 pr., *Si mens. fals. mod.*, XI, 6.) Cette décision, tout d'abord un peu surprenante, s'explique par le caractère sacerdotal qui fut primitivement attribué aux *agrimensores* (n° 204). Les actes par eux accomplis dans l'exercice de leurs fonctions étaient des actes religieux; partant, les services qu'ils rendaient aux particuliers n'étaient pas de ceux que l'on réputait appréciables en argent.

Ces deux dernières règles nous font comprendre pourquoi un grand nombre de services professionnels, et avant tout ceux du professeur, de l'avocat, du médecin, ne peuvent faire l'objet d'un louage (L. 1, *De extr. cogn.*, L, 13) (1). En effet, le travail de ces personnes ne s'applique pas à une chose corporelle ; et en admettant que leur temps

(1) C'est à tort qu'on voudrait expliquer ici l'exclusion du louage par le caractère libéral de ces professions. Plusieurs raisons le prouvent. Et d'abord il est bien connu que pendant longtemps les professeurs et les médecins sortirent exclusivement des classes inférieures—ce furent surtout des Grecs et des affranchis—et que sous l'Empire le barreau lui-même se recruta dans la plèbe au moins autant que dans le patriciat (Juvénal, VIII, v. 47 et s.). En second lieu, il y a des services professionnels d'un ordre tout à fait vulgaire, tels que ceux des nourrices et des *librarii*, qui sont également exclus du louage (L. 1 §§ 6 et 14, *De extr. cogn.*), tandis qu'un peintre, fût-il un artiste du plus haut mérite, loue très régulièrement les siens (L. 5 § 2, *De præscr. verb.*, XIX, 5). Enfin, ce qui est encore plus décisif, les soins du médecin et les leçons du professeur font sans difficulté l'objet d'un louage, lorsque c'est un esclave qui les reçoit (L. 7 § 8, *Ad leg. Aquil.*, IX, 2. — L. 13 § 3, *Loc. cond.*); et pourtant le talent de ces personnes, pour être ainsi employé, ne perd rien de sa noblesse.

et leurs efforts soient appréciables en argent, les services qu'elles rendent ne le sont certainement pas (1).

Demandons-nous maintenant si la convention qui a pour objet d'une part une somme d'argent déterminée et d'autre part l'exécution d'un fait qui peut être loué, constitue toujours un louage. Gaius (III, § 147) et Justinien (§ 4 *sup.*) nous apprennent que la question avait fait doute. L'exemple donné est celui d'un orfèvre qui pour un prix convenu s'engage à me fabriquer des anneaux d'or dont il fournira lui-même la matière. Ce fait, évidemment, n'a rien de juridique, il s'accomplit bien sur une chose corporelle, et il peut s'apprécier en argent avec précision. On serait donc tenté de soutenir, et telle avait été la doctrine de Cassius, que dans l'espèce deux contrats se rencontrent mêlés ensemble, savoir, vente de l'or et louage du travail. Mais ce point de vue ne prévalut pas, et on considéra l'opération comme formant un seul contrat qui est une vente, tout de même que si l'orfèvre s'engageait à livrer des anneaux dès à présent confectionnés. Quant au motif qui fit écarter ici l'idée de louage, Pomponius (L. 20, *De contr. empt.*, XVIII, 1) le trouve dans cette considération que je n'ai rien fourni à l'orfèvre. Sous une forme plus exacte peut-être ou plus précise, sa pensée est qu'il n'y a pas louage d'ouvrage lorsque le travail fourni s'incorpore et s'absorbe dans une chose matérielle qui forme l'objet principal du contrat. Il faut, telle est la règle, que ce travail constitue par lui-même une fourniture distincte et principale, celle à laquelle s'applique directement le salaire convenu. Donc supposons que pour un prix déterminé vous vous chargiez de me faire une maison ou un habit : si c'est moi qui fournis le sol ou l'étoffe, il y a louage ; si c'est vous, il y a vente.

620 *a*. On sait déjà que le louage d'ouvrage se divise en *locatio operis* et *locatio operarum*. Il faut à présent fixer le sens de cette distinction et du même coup expliquer l'étrange interversion de noms et de rôles qui caractérise la *locatio operis*. Pour cela je pars de cette idée certaine que la *locatio rei* fut aux yeux des Romains le louage type, celui dont, autant qu'ils le purent, ils généralisèrent les règles. Ceci posé, on se rappellera que le propriétaire qui donne sa chose à bail est obligé, par voie de conséquence, de la livrer au preneur. Ce fait, quoique secondaire en lui-même, influa puissamment sur le langage

(1) *Mercedem non meriti sed occupationis suæ ferunt*, dit Sénèque (*De Ben.* VI, 15).

et la théorie des Romains. Ce qui les frappe surtout dans la *locatio rei*, c'est que l'un des contractants place sa chose (*locat rem*) aux mains de l'autre, et que par suite celui-ci en acquiert la détention, et, si elle est mobilière, l'emporte avec soi (*conducit*). Le propriétaire est donc un *locator*, son fait est une *locatio*, et son action est dite *locati;* quant au preneur, il est un *conductor*, son fait est une *conductio*, et on lui donne l'action *conducti*. Si maintenant nous passons au louage d'ouvrage, nous voyons qu'il y a nombre de cas où celui qui fournit son travail reçoit du maître la tradition d'une chose déterminée sur laquelle précisément son travail doit s'exécuter. C'est ainsi qu'à un pâtre je confie mon troupeau pour le faire paître, à un tailleur mon habit pour le raccommoder, à un orfèvre une pierre précieuse pour la monter, à un précepteur ou à un ouvrier mon esclave pour l'instruire ou lui apprendre un métier (L. 9 § 5; L. 13 §§ 3 à 6, *Loc. cond.*). Ainsi encore je livre soit à un voiturier des marchandises qu'il se charge de transporter par terre ou par eau (L. 11 § 3; L. 13 pr., §§ 1 et 2; L. 25 § 7, *Loc. cond.*), soit à un entrepreneur un terrain sur lequel il doit construire une maison, un canal ou quelque autre gros ouvrage (L. 22 § 2; L. 62, *Loc. cond.*) (1). C'est dans ces hypothèses et autres pareilles qu'il y a *locatio operis* (§ 20, *De contr. empt.*). Le maître, parce qu'il se dessaisit matériellement, est comparé au *locator rei*. Les textes disent de lui *locat opus*, par suite l'appellent *locator* et lui donnent l'action *locati*, tandis qu'ils réservent le nom de *conductor* et l'action *conducti* à la partie qui fournit son travail pour de l'argent (2). En regard de ces hypothèses il y en a d'autres, et ce sont celles qui appartiennent à la *locatio operarum*, où le maître ne se dessaisit d'aucun objet, ne fait aucune tradition. C'est ce qui a lieu, par exemple, quand j'attache un domestique à ma personne ou à ma maison, ou quand j'emploie des manœuvres à la culture de mon fonds. Ici il était impossible de comparer le maître au *locator rei;* mais on put et on dut le comparer au *conductor rei*, parce qu'à l'exemple de ce dernier il donne de l'argent et reçoit un service d'une nature toute différente. Aussi est-ce lui qui fut le *conductor*, le nom de *locator* appartenant ici à la partie qui fournit son travail et de qui les textes disent *locat operas suas* (L. 26, *Loc. cond.* —

(1) Quelques auteurs ont le tort de présenter ces deux dernières hypothèses comme les seules où il y ait *locatio operis*.

(2) Le *conductor operis* s'appelle aussi *redemptor* (L. 60 § 3, *Loc.*, — L. 3 § 11, *De adm. rer. ad civ. pert.*, L, 8). Sur le sens général de ce mot, voy. Festus (v° *redemptores*)

L. 22, C., *De loc.*) (1). En résumé donc, le louage d'ouvrage est toujours organisé sur le modèle du louage de choses. Mais dans la *locatio operis* l'analogie dont on tient compte n'est qu'à la surface et n'a que la valeur d'un accident, tandis que dans la *locatio operarum* elle est tirée du fond même des choses, elle ressort de ce fait que l'obligation de l'une des parties a pour objet invariable de l'argent. Rationnellement, il eût fallu renverser la terminologie qu'une considération tout empirique avait introduite en matière de *locatio operis*, et les jurisconsultes l'eussent peut-être essayé si les mauvaises habitudes de langage n'étaient de celles qu'il faut le plus souvent désespérer de corriger (2).

621 *a*. Quant aux obligations qui découlent du louage d'ouvrage, elles se résument d'une part à exécuter le fait convenu, de l'autre à payer la *merces*, le tout selon les conditions déterminées dans le contrat, et les parties étant responsables de leur dol et de leur faute comme dans la *locatio rei* (L. 28, C., *De loc.*). La corrélation qui existe entre ces deux obligations nous conduit à rechercher si la *merces* demeure exigible lorsque le travail dû n'a pas pu être fourni et que pourtant l'une et l'autre partie échappent à tout reproche de faute. S'il s'agit d'une *locatio operarum*, il faut répondre oui toutes les fois que le *locator*, resté capable de fournir ses services, n'a pas trouvé le moyen de s'indemniser en les plaçant ailleurs (L. 19 § 9; L. 38 pr., *Loc. cond.*). Mais le silence des textes ne permet guère d'étendre une telle décision à la *locatio operis*, et s'il fallait expliquer cette différence, j'en trouverais la raison dans la position sociale du *locator operarum*, qui est ordinairement plus humble et plus précaire que celle du *conductor operis*. Une autre question, mais spéciale à la *locatio operis*, consiste à savoir si la perte fortuite de l'ouvrage déjà fait laisse subsister le droit du *conductor* à la *merces*. Avant de répondre, je constate

(1) De la théorie que j'expose il résulte que, selon les circonstances, le même fait sera l'objet tantôt d'une *locatio operarum*, tantôt d'une *locatio operis*. Que par exemple un ouvrier prenne chez lui mon esclave en apprentissage, voilà une *locatio operis* (Arg. de la loi 13 § 3, *Loc.*, XIX, 2); qu'au contraire il s'agisse de mon fils, ce sera une *locatio operarum*, car on ne peut pas dire que mon fils ait été l'objet d'une tradition (L. 5 § 3, *Ad. leg. Aqu.*, IX, 2. — L. 13 § 4, *loc.*). De même, il y a *locatio operis*, lorsque le tailleur ou le cordonnier que j'emploie travaillent chez eux; il y aurait *locatio operarum*, si par hasard je les faisais travailler à la journée chez moi.

(2) Paul condamne implicitement la théorie romaine lorsque, visant le contrat qui intervient entre un propriétaire et un entrepreneur de constructions, il dit de l'un *locat insulam ædificandam*, et de l'autre *locat operam suam* (L. 22 § 2, *Loc. cond.*). Prenons ce langage à la lettre, et chaque partie va jouer le rôle de *locator*!

que dans l'usage la *merces* n'était payable qu'une fois l'ouvrage reçu et approuvé par le maître, la réception se faisant tantôt après l'achèvement complet du travail, tantôt par pièces, et dans tous les cas ayant pour objet de vérifier si les règles de l'art avaient été observées (L. 24 pr.; L. 30 § 3, *Loc. cond.*). Ceci connu, les Romains font une distinction très raisonnable : la *merces* est due pour tous les ouvrages ou portions d'ouvrages déjà reçus et approuvés, ou que le maître était en demeure de recevoir. A l'égard de tous autres ouvrages, le risque incombe au *conductor*, qui perd non seulement son travail, mais aussi les matériaux qu'il aurait déjà fournis (L. 36, *Loc. cond.*) (1). Cependant on excepte le cas où il prouverait que la perte résulte d'un événement de force majeure et non pas d'un simple cas fortuit (L. 37, *Loc. cond.*) (2).

Le louage d'ouvrage finit régulièrement par l'arrivée du terme convenu ou par l'achèvement de l'ouvrage. Finit-il aussi par la mort de celui qui a engagé ses services? L'affirmative, quoique généralement enseignée, n'est écrite dans aucun texte, et peut-être ne doit-on l'admettre que sous la réserve d'une intention évidemment contraire, intention qui se comprend fort bien lorsqu'il s'agit de faits qui peuvent être exécutés d'une manière à peu près équivalente par diverses personnes (3).

(1) Est-ce à dire que dans ce cas on fasse peser sur le *conductor* une présomption de faute? Je ne le crois pas; car une telle doctrine impliquerait que non seulement il perd son droit à la *merces*, mais qu'il doit des dommages-intérêts, ce qu'aucun texte ne permet de soutenir. Une telle obligation suppose prouvé que l'ouvrage a été mal fait (L. 51 § 1, *Loc. cond.*).

(2) Le *conductor* aurait-il également droit à la *merces*, s'il établissait que la perte tient au vice du sol ou des matériaux qui lui ont été confiés? Ici nous sommes en dehors de l'hypothèse que j'examine : une faute a été commise, et peut-être que selon les circonstances on l'impute tantôt au *locator*, tantôt au *conductor*.

(3) Au louage d'ouvrage, et plus particulièrement à la *locatio operis* se rattache ce que les interprètes ont appelé la location irrégulière. Elle se rencontre lorsque le *conductor operis* s'engage à rendre non pas identiquement les choses reçues, mais leur équivalent (*tantumdem*, et non pas *idem*). Par exemple, je remets de l'or à un orfèvre pour me confectionner des anneaux d'un poids déterminé; mais je n'exige pas qu'il se serve de cet or plutôt que d'un autre (L. 34 pr., *De aur. arg. leg.*, XXXIV, 2). Ou encore plusieurs propriétaires chargent leur blé sur un même bâtiment, le *magister navis* s'engageant à rendre à chacun, non pas précisément son blé, mais une même quantité de blé de même qualité (L. 31, *Loc. cond.*). Ce qui sépare ces hypothèses du louage régulier, c'est que le *conductor* devient propriétaire et ne doit pas des corps certains. Mais ce qui fait qu'elles rentrent néanmoins dans le louage, c'est qu'il est tenu d'exécuter un certain travail ou un certain fait, et qu'une *merces* lui est due.

DE LA SOCIÉTÉ.

SOMMAIRE : I. Notion générale et classification des sociétés. — II. Du règlement des parts dans les bénéfices et dans les pertes. — III. Des effets de la société. — IV. Comment se dissout la société. Des conséquences de sa dissolution.

I. — NOTION GÉNÉRALE ET CLASSIFICATION DES SOCIÉTÉS.

Lib. III, tit. xxv, *De societate*, pr. — Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter κοινοπραξίαν appellant, aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei, vini, frumenti emendi vendendique (Gaius, III, § 148).

Dans l'usage nous contractons ou une société de tous biens, celle que les Grecs appellent spécialement κοινοπραξία, ou une société relative à un seul ordre d'affaires, par exemple ayant pour objet d'acheter et de vendre des esclaves, d'acheter et de vendre de l'huile, du vin, du froment.

622. Il y a deux éléments propres à tout contrat de société :

1° Chaque partie s'engage à mettre quelque chose en commun. Le plus souvent ce sera une valeur déjà réalisée (*pecunia*), et par là j'entends soit une chose corporelle, soit un droit tel qu'une créance ou un usufruit. Mais il se peut aussi qu'un associé n'apporte que son travail, son industrie, son crédit (*opera*, *industria*, *gratia* : L. 80, *Pro soc.*, XVII, 2) (1), et à plus forte raison qu'il combine les deux genres d'apport. Du reste, nulle nécessité que les divers contractants mettent dans la société des choses de même nature et de même valeur. L'essentiel est que chacun y mette quelque chose. S'il y en avait un seul qui fût affranchi de cette condition, nous n'aurions plus une société, mais un acte dont la formation et les effets seraient nécessairement soumis aux règles des donations (L. 5 § 2, *Pro soc.*).

2° Les parties poursuivent un résultat commun, et dans leur pensée ce résultat consiste en un bénéfice dont chacune aura sa part. Mais il y a ici deux observations à faire. D'abord il ne faut pas croire que toute société procède d'un esprit de spéculation. Sans doute c'est par

(1) Dans un sens large le mot *opera* comprend tous les apports de cette seconde classe (pr. *sup.* — Gaius, III, § 149). Du reste, on peut soupçonner, d'après un texte du Code (L. 1, *Pro soc.*, IV, 37), qu'il y eut quelque doute sur la question de savoir si un associé pouvait n'apporter aucune valeur pécuniaire. Mais assurément si la pratique hésita, elle n'hésita pas longtemps, comme le prouve la société contractée entre Fannius Chéréa et le célèbre comédien Roscius (Cic., *pro Rosc. com.*).

cet esprit, très licite du reste et très fécond, que naissent et vivent celles qui ont pour but des opérations commerciales; mais, à coup sûr, on ne le rencontre ni dans les sociétés de tous biens ou de tous gains, ni même dans certaines sociétes à titre particulier où les contractants se proposent seulement de diminuer, en s'unissant, les frais qu'entraînerait pour chacun une action isolée (1). En second lieu, bien que les associés poursuivent un bénéfice, les faits peuvent tromper leur espérance, la société peut se liquider par des pertes, et alors la perte est commune comme le serait le gain lui-même. C'est un résultat qu'ils ont accepté d'avance par le seul fait de leur association (L. 67, *Pro soc.*).

Comme conclusion, la société existe du moment où les parties, d'accord pour s'obliger, s'accordent aussi sur l'objet des apports respectifs et sur la répartition des gains et des pertes (2). Dès lors, elles sont toutes pareillement investies de l'action *pro socio*.

Deux caractères généraux distinguent le contrat de société des autres contrats à titre onéreux : 1° il se forme *intuitu personæ*, c'est-à-dire que chacun prend plus ou moins en considération les qualités personnelles et les aptitudes spéciales de ses associés, *certam personam sibi eligit*, disent les Institutes (§ 5, *De soc.*). On ne veut pas simplement faire telle affaire, on veut surtout la faire avec telles personnes (3). Ce premier caractère nous rendra compte des principaux modes de dissolution de la société, et on peut dire qu'en le consacrant la législation ne crée rien, elle se contente de rendre hom-

(1) Par exemple, deux propriétaires voisins refont ensemble le ruisseau commun qui les sépare, ou bien sur un terrain dont ils fournissent chacun la moitié ils élèvent un mur mitoyen destiné à soutenir leurs constructions respectives (L. 52 §§ 12 et 13, *Pro soc.*).

(2) Le consentement des parties peut se manifester *re*, c'est-à-dire par le seul fait de mettre en commun un ou plusieurs objets (L. 4 pr., *Pro soc.*). Mais cela ne veut pas dire que toute indivision résultant de la volonté des parties contienne une société. Il faut toujours rechercher si elles ont été déterminées par la vue d'un résultat commun. Que par exemple deux personnes achètent chacune une part indivise du même objet, si leur intention est de partager tout de suite, et non pas d'exploiter ensemble, on ne saurait les regarder comme associées (LL. 31 à 33, *Pro soc.*).

(3) On a quelquefois cherché dans l'*intuitus personæ* qui préside à la formation de la société l'explication de la règle *socii mei socius, meus socius non est* (L. 20, *Pro soc.* — L. 47 § 1, *De reg. jur.*, L, 17). Mais cette règle, dont le sens est que je puis bien associer un tiers à mes droits dans la société, mais non pas lui créer des droits ou des obligations par rapport à mes associés, s'explique suffisamment par le principe général qui restreint l'effet des conventions entre les parties (L. 19, *Pro soc.*).

mage à un fait. Quant au second caractère, il tient plutôt à une conception romaine qu'à une idée universellement vraie ; 2° la société implique un *jus fraternitatis*. Cela signifie que dans leurs rapports entre eux les associés doivent se comporter et se traiter en frères, et que, par conséquent, ce contrat est de bonne foi entre les contrats de bonne foi. Ce principe, quelque peu vague en lui-même, n'est pas sans conséquences pratiques. Il nous explique pourquoi l'associé poursuivi par son associé jouit, au moins en règle générale, de l'exception *quod facere potest* (L. 63 pr., *Pro soc.*) ; pourquoi le règlement relatif à la répartition des gains et des pertes peut dans certains cas être attaqué comme contraire à l'équité (nos 625 et 626) ; et peut-être aussi pourquoi certains jurisconsultes se refusèrent à admettre la validité d'une société contractée sous condition (1), car la fraternité existe ou n'existe pas, mais elle ne saurait être conditionnelle (2).

623. On s'associe ou à titre universel ou à titre particulier (3). Les sociétés à titre universel se divisent en deux catégories : l'une est la société de tous biens (*omnium bonorum*), l'autre est la société de tous gains (*omnium quæ ex quæstu veniunt*). La société de tous biens a pour objet la mise en commun de tous les biens présents et à venir des associés, même de ceux qu'ils pourraient acquérir à titre gratuit ou par l'exercice d'une action pénale. Par voie de conséquence, leurs dettes tant futures qu'actuelles sont toutes à la charge commune (L. 3 pr. ; L. 52 § 16 ; L. 73, *Pro soc.*). Ces règles ne comportent qu'une seule exception consistant en ce que la société ne profite ni ne

(1) J'ai déjà mentionné cette opinion (t. II, p. 478, note 1). Il est probable que dès l'époque classique elle était généralement rejetée (L. 1 pr., *Pro soc.*).

(2) On pourrait encore expliquer de même les textes qui déclarent nulle *ipso jure* toute société dont la formation a été déterminée par le dol de l'une des parties (L. 16 § 1, *De minor.*, IV, 4. — L. 3 § 3, *Pro soc.*). Mais une telle explication suppose qu'on prend ces textes à la lettre, que l'on y voit une dérogation au droit commun en matière de dol (n° 502), et je conviens que ce point de vue peut s'autoriser de l'assimilation que la loi 16, *De minoribus*, établit entre la société formée *dolo malo* et la société formée *donationis causa*. Mais, d'autre part, on ne voit guère ce que l'associé trompé gagnerait à cette nullité de plein droit ; et il est permis de s'expliquer les textes précités par cette considération que le dol se rattachant à un contrat de bonne foi ne donne jamais lieu ni à l'insertion de l'exception *doli mali* dans la formule ni à l'exercice de l'action *de dolo* (t. II, p. 224, note 1).

(3) N'est-ce pas à cette division générale que se réfèrent les Institutes de Gaius (III, § 148) et celles de Justinien (pr. *sup.*) ? Sans doute, pour les entendre ainsi, j'élargis le sens des expressions *societas totorum bonorum aut alicujus negotiationis* ; mais cela est nécessaire, si l'on ne veut pas que la classification de Gaius et de Justinien soit incomplète.

souffre des faits illicites commis par un de ses membres. Ainsi, les gains réalisés par un vol ne sont pas mis en commun, de même que c'est le coupable qui supporte seul toute la peine (L. 52 §§ 17 et 18; LL. 53 à 57; L. 59 § 1, *Pro soc.*) (1). Quant à la société de tous gains, elle ne comprend ni les biens qui sont la propriété des associés au jour du contrat, ni ceux qui postérieurement leur seraient acquis à titre gratuit. Son actif se limite donc aux revenus des capitaux ainsi exclus, au produit du travail des associés et aux acquisitions faites à titre onéreux pendant le cours de la société. Pareillement, elle ne supporte d'autres dettes que celles qui sont la condition ou la conséquence d'une acquisition dont elle profite (LL. 7 à 13, *Pro soc.*) (2).

Les sociétés à titre particulier se subdivisent aussi en deux catégories, savoir, la société *unius rei* et la société *alicujus negotiationis* (L. 5 pr., *Pro soc.*). La première se restreint à une seule opération ou à un seul objet; par exemple deux personnes se réunissent pour acheter et exploiter un fonds de terre (L. 2, C., *Pro soc.*). La seconde embrasse une série illimitée d'opérations du même genre. Telles sont, à titre d'exemples, les sociétés de publicains (3), de banquiers

(1) En décidant ainsi on ne fait qu'appliquer la règle *maleficiorum societas nulla est* (t. II, p. 353, note 3), et cette règle elle-même rentre dans une règle plus générale : c'est que toute convention doit avoir un objet licite.

(2) Les sociétés à titre universel ne sont-elles pas les plus anciennes de toutes? Cela expliquerait pourquoi elles viennent en première ligne dans le titre *pro socio* au Digeste, et pourquoi nombre de textes s'y réfèrent sans prendre même la peine de l'exprimer (Ex. L. 5, § 1; L. 65 § 16; L. 66, *Pro soc.*) Cela nous dirait aussi pourquoi le *jus fraternitatis* est considéré comme inhérent à toute société : on aurait maintenu par routine une idée qui avait été d'une vérité générale au début, car il est incontestable que toutes les sociétés à titre universel procèdent d'un sentiment d'affection réciproque. Du reste, il y aurait erreur à croire que de telles sociétés ne conviennent qu'à une civilisation peu avancée. Il y a des situations dans lesquelles elles se concevront toujours, et il est fort possible qu'elles aient occupé dans la pratique romaine de l'époque classique une place plus considérable qu'on ne le croit généralement. Par exemple, si deux époux répugnent à séparer leurs intérêts, rien ne les empêche de s'associer (L. 17 § 1, *Sol. matr.*, XXIV, 3), et il est tout naturel que cette société soit contractée à titre universel. Que ceci ne soit pas pure conjecture, les textes le prouvent. On peut citer deux exemples d'époux qui vécurent pendant plus de quarante ans sous le régime d'une *societas omnium bonorum*, et dans l'un et l'autre cas cette société ne cessa que par la mort de l'un d'eux (L. 16 § 3, *De alim. leg.*, XXXIV, 1. — *Laudatio funebris Turiæ* déjà citée aux n[os] 132 et 164). La société entre époux, universelle ou non, préservait la femme des dangers attachés à une constitution de dot, et cela sans avoir l'inconvénient d'imposer au mari seul toutes les charges du mariage.

(3) On appelait *publicani* les *conductores* ou *redemptores vectigalium*, c'est-à-dire ceux qui prenaient les impôts à ferme (L. 1 § 1; L. 12 § 3, *De publ.*, XXXIX, 4. — L. 8 § 1, *De vac.*, L, 5). Moyennant une somme qu'ils s'engageaient à payer au

ou de marchands d'esclaves. A peine ai-je besoin de faire remarquer qu'aucune société à titre particulier ne vaut si les actes auxquels elle s'applique sont prohibés par la loi ou les bonnes mœurs (L. 37, *Pro soc.* — L. 70 § 5, *De fid.*, XLVI, 1) (1).

Lorsqu'il est certain que plusieurs personnes se sont associées, mais qu'on ne voit pas quelle espèce de société elles ont voulu former, on présume qu'il s'agit d'une société de tous gains (L. 7, *pro soc.*). D'une part, en effet, il ne saurait être question d'une société à titre particulier; car quel en serait l'objet? Et d'autre part il est raisonnable de présumer des deux sociétés à titre universel celle qui altère le moins la position de chaque associé.

624. Les sociétés peuvent encore se classer à un second point de vue : les unes, en effet, ont le caractère de personnes morales, les autres ne l'ont pas. L'intérêt de cette distinction est facile à saisir après les explications générales que j'ai données sur les personnes morales (n°s 185 à 188). Quand la société constitue une personne, elle peut avoir ses biens, ses créances et ses dettes; je veux dire des biens qui ne soient pas la copropriété des associés, des créances qui ne doivent pas se fractionner entre eux, et des dettes qui doivent se payer sur l'actif social par préférence à leurs dettes propres. Au contraire, là où elle n'est pas une personne, il est bien possible que certaines choses soient indivises entre les associés; il est possible aussi que certaines créances ou dettes, quoique nées en la personne de l'un d'eux, doivent finalement profiter à tous ou être supportées par tous. Mais il n'y a pas de patrimoine distinct du leur, et à vrai

Trésor, ils étaient autorisés à percevoir les impôts et à garder pour eux le montant de leurs perceptions. Sous l'Empire, le système de la ferme fut restreint aux impôts indirects et à quelques impôts directs de peu d'importance. Mais l'impôt foncier et la capitation furent perçus par des collecteurs (*susceptores*) que les curies nommaient et dont elles étaient responsables. Les opérations des *publicani* exigeaient évidemment des fonds considérables. Aussi voit-on par un texte d'Ulpien (L, 3 § 2, *De sct. Mac.*, XIV, 6) que cette classe de personnes ne se recrutait guère que parmi les *patresfamilias*. La même idée nous fait comprendre pourquoi les *publicani* avaient l'habitude de s'associer. Ulpien (L. 3 pr., *Pro soc.*) fait de leurs sociétés (*societates vectigalium*) une classe à part, sans doute à cause des particularités qu'elles présentaient et que j'aurai l'occasion de relever.

(1) Il est évident que chacun des quatre types de sociétés que je viens de décrire peut être modifié par une convention spéciale. Ainsi l'on peut s'associer pour deux séries d'opérations de nature différente ou pour deux affaires distinctes, et la société est néanmoins contractée à titre particulier. Ainsi encore un texte fort curieux (L. 3 § 2, *Pro soc.*) nous montre dans un cas donné les hérédités testamentaires exclues d'une société de tous biens.

dire le mot société n'exprime plus ici que la collection des intérêts communs.

Les Romains appliquent aux sociétés la règle déjà connue (n° 185) d'après laquelle aucune personne morale n'existe sans une autorisation législative. Gaius est formel en ce sens (L. 1 pr., *Quod cujusc. univ.*, III, 4), et cela revient à dire qu'en principe les sociétés n'ont pas de personnalité. C'est d'ailleurs ce qui résulte avec évidence de l'ensemble des textes (L. 16, *De reb. cred.*, XII, 1. — LL. 68 pr., 74 et 82, *Pro. soc.*) (1). Par exception, on en reconnaît une à certaines sociétés qui concernent des intérêts publics de premier ordre, telles que celles de publicains et celles qui ont pour objet d'exploiter des mines d'or et d'argent ou des salines. C'est cette classe exceptionnelle de sociétés que Pomponius (L. 59 pr., *Pro. soc.*) oppose aux sociétés ordinaires désignées par lui sous le nom de *societates privatæ*.

II. — DU RÈGLEMENT DES PARTS DANS LES BÉNÉFICES ET DANS LES PERTES.

Lib. III, tit. XXV, *De societate*, § 1. — Et quidem, si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, æquales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. Quod si expressæ fuerint partes, hæ servari debent; nec enim unquam dubium fuit quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt ut ad unum quidem duæ partes et lucri et damni pertineant, ad alium tertia.

A défaut de conventions expresses, les parts soit dans le gain, soit dans la perte, sont égales. Que si les parts ont été exprimées, la convention doit être observée; et en effet, l'on n'a jamais mis en doute que deux associés puissent valablement attribuer à l'un les deux tiers dans le gain et dans la perte, et à l'autre un tiers seulement.

§ 2. — De illa sane conventione quæsitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia, ad Seium duæ partes damni, lucri

Mais on a douté de la validité de la convention faite entre Titius et Séius lorsqu'elle porte que l'un aura les deux tiers du gain et le tiers de la perte, et l'autre les deux tiers

(1) On a essayé de soutenir que toute société constitue une personne, et pour cela on s'est principalement fondé sur deux textes, l'un contenant cette formule: *hereditas personæ vice fungitur* (L. 22, *De fid.*, XLVI, 1), l'autre disant que la *bonorum possessio* peut être demandée au nom d'une société (L. 3 § 4, *De bon. poss.*, XXXVII, 1). Mais ces textes prouvent simplement qu'il y a quelques sociétés qui jouent le rôle de personnes, et c'est ce que tout le monde reconnaît.

tertia, an rata debeat haberi conventio. Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cujus sententia prævaluit, contra sensit, quia sæpe quorumdam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit meliore conditione in societatem admitti : nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit, quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse conveniri, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur; quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta, solum quod superest intelligatur lucri esse (Gaius, III, § 149).

de la perte et le tiers du gain. Quintus Mucius tenait cette clause pour contraire à la nature de la société, et par conséquent pour nulle. Servius Sulpicius, dont l'opinion a prévalu, pensait autrement, et cela parce qu'il y a bien des personnes dont l'industrie mérite qu'on les admette dans une société avec des conditions privilégiées. Et en effet, sans nul doute, il est possible que de deux associés un seul apporte de l'argent, et que cependant les bénéfices doivent être communs, parce que souvent l'industrie vaut de l'argent. L'opinion de Quintus Mucius a tellement été repoussée, que personne ne met en doute la validité de la convention qui fait participer un associé au gain tout en l'affranchissant des pertes ; et telle était la décision de Servius, en cela conséquent avec lui-même. Toutefois elle doit s'entendre en ce sens que, s'il y a bénéfice sur une opération et perte sur une autre, on fait compensation et on ne répute bénéfice que l'excédent.

§ 3. — *Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro, vel in solo damno, in altera vero omissa, in eo quoque quod prætermissum est, eamdem partem servari.*

Il va sans difficulté que si dans la fixation des parts on n'a prévu qu'une seule hypothèse, c'est-à-dire ou celle du gain, ou celle de la perte, les parts se règlent de la même manière dans l'hypothèse non prévue.

625. Il y a trois hypothèses possibles : ou les parts ont été expressément réglées dans le contrat, ou l'on a simplement désigné quelqu'un pour les régler, ou enfin les contractants ont gardé le silence.

Première hypothèse : Les parts ont été expressément réglées dans le contrat. — Les Institutes (§ 1 *sup.*) posent en principe que les conventions faites doivent être observées. Mais cela implique qu'elles n'ont rien de contraire ni à l'équité que le *jus fraternitatis*

suppose, ni à l'essence de la société, qui est d'aboutir pour tous à un résultat de même nature, je veux dire ou à un bénéfice ou à une perte (1). Partant de ces données, nous résoudrons sans difficulté les questions suivantes :

1° Soit une convention qui traite inégalement les associés, qui par exemple attribue à Primus les deux tiers du gain ou de la perte et à Secundus le tiers seulement. Est-elle valable? Ulpien (L. 29 pr., *Pro. soc.*) répond oui, pourvu que les apports de Primus soient supérieurs à ceux de Secundus. Les Institutes (§ 1 *sup.*) répondent oui sans distinction. Est-ce à dire qu'il y ait contradiction entre le jurisconsulte et l'empereur? En d'autres termes, Ulpien subordonne-t-il la validité de la convention à la preuve préalable de l'inégalité des apports? Et de son côté Justinien veut-il dire que l'égalité prouvée des apports n'empêcherait pas les parts de rester inégales? Je ne le crois pas. La vérité est, selon moi, que dans l'opinion de tous une telle convention ne vaut qu'autant que les apports sont réellement inégaux, mais qu'elle fait présumer cette inégalité, et qu'en conséquence elle est tenue pour valable jusqu'à preuve contraire.

2° Peut-il être convenu qu'un associé n'aura pas dans les bénéfices la même part que dans les pertes, par exemple que les deux tiers des bénéfices appartiendront à Primus, et que néanmoins il ne supportera qu'un tiers des pertes? Avant de répondre à la question, il faut en bien préciser le sens. Supposons, que la société ayant fait vingt opérations, il y en ait dix dont chacune lui rapporte 15, tandis que sur chacune des dix autres elle perd 12. En tout elle a gagné 150, et perdu 120, c'est-à-dire qu'elle réalise finalement un bénéfice net égal à 30. Il ne s'agit pas de savoir si Primus va gagner 10 sur chaque opération avantageuse et ne perdre que 4 sur chaque opération mauvaise, le surplus appartenant ou incombant à son associé. Par cette façon de procéder l'un aurait en définitive un bénéfice net de 60 et l'autre une perte nette de 30. Or on sait qu'il n'est pas possible qu'un associé perde quand l'autre gagne. Il faut donc se placer à la dissolution de la société, faire le total soit des bénéfices qu'elle a réalisés, soit des pertes qu'elle a subies, puis de la plus forte des deux sommes retrancher la plus faible. Le reste fourni par cette soustraction représente évidemment ou un bénéfice net ou une perte nette. Eh bien!

(1) Les Romains, par allusion à une fable bien connue (Phæd., I, 5), appellent société léonine celle où l'un des associés doit recueillir seul les bénéfices et l'autre supporter seul les pertes (L. 29 § 2, *Pro soc.*).

la question est de savoir s'il peut être convenu qu'étant donné un bénéfice la part de Primus sera des deux tiers, et qu'étant donné une perte elle ne sera que d'un tiers? Les Institutes (§ 2 *sup.*) répondent affirmativement, et elles en donnent cette excellente raison que l'industrie d'un associé peut être d'un assez grand prix pour lui valoir des conditions particulièrement avantageuses (1). Reprenant mon espèce, il est évident que si Primus, dont par hypothèse l'apport pécuniaire n'est ni plus fort ni plus faible que celui de son associé, apporte de plus un talent ou une industrie que celui-ci n'a pas, on ne fait que maintenir l'égalité en lui assurant une plus grande part dans les bénéfices; et d'un autre côté, l'égalité n'est pas blessée si on ne lui impose qu'une part moindre dans les pertes; car, où son associé ne perd que de l'argent, il perd lui son talent et son industrie. De ce motif je conclus que notre convention ne vaudrait pas s'il était prouvé que les apports sont exactement équivalents les uns aux autres (2).

3° Peut-il être convenu que l'un des associés participera aux bénéfices sans participer aux pertes? Le sens de cette question est déterminé d'avance par celui de la précédente. Il est entendu que jamais l'un des contractants ne pourra tout à la fois profiter des bonnes opérations et se soustraire aux conséquences des mauvaises. Ce n'est donc qu'au résultat définitif qu'on se réfère, c'est-à-dire à l'excédent de bénéfice ou de perte qui résulte de l'ensemble des opérations sociales. Ainsi posée, la question doit être résolue affirmativement, mais

(1) La question qui vient d'être exposée fit anciennement l'objet d'une grande controverse. Je le crois, puisque Gaius (III, § 149) et Justinien (§ 2 *sup.*) l'affirment. Mais faut-il aussi croire, sur la foi de ces mêmes autorités, que la controverse exista entre Quintus Mucius et Servius Sulpicius ? Il y a un texte de Paul (L. 30, *Pro soc.*) qui permet au moins le doute. Qu'y lisons-nous en effet ? D'abord que Quintus Mucius condamne sans plus de précision la convention qui assigne à un même associé des parts différentes dans le gain et dans la perte; puis, que son annotateur Servius Sulpicius adhère d'une manière générale à cette doctrine, mais la repousse dans un cas particulier, et ce cas est celui où la convention devrait s'exécuter non pas en détail sur chaque opération isolée, mais bien en bloc et après dissolution de la société, sur la différence obtenue entre le total des bénéfices et le total des pertes. Il ressort de cette analyse que le reproche fait par Servius Sulpicius à Quintus Mucius porte moins sur une erreur proprement dite que sur l'emploi d'une formule trop générale.

(2) Du reste, cette convention doit être expresse; car c'est une règle d'interprétation, et une règle fort sage, que si les contractants ne se sont expliqués que sur le règlement des parts dans le gain, ils ont par cela seul adopté le même règlement quant à la perte, et réciproquement (§ 3 *sup.*).

cela, nous dit Ulpien, à une condition : c'est que l'associé affranchi de la contribution aux pertes ait apporté en travail, en industrie ou en crédit plus que ses associés (L. 29 § 1, *Pro soc.*). Cette convention, qui au premier aspect paraît le favoriser particulièrement, ne tend donc en réalité qu'à maintenir l'égalité bien entendue. Car où les autres perdent leur argent, il a perdu lui son travail et son industrie. Du reste, par cela seul qu'il est déclaré étranger aux pertes, la condition requise pour la validité de cette convention est jusqu'à preuve contraire réputée remplie, et voilà pourquoi sans doute les Institutes négligent de la mentionner (§ 2 *sup.*, *in fine*) (1).

626. *Deuxième hypothèse :* On a désigné quelqu'un pour faire le règlement des parts. — Il y a ici trois observations à présenter : 1° la personne ainsi désignée n'a pas absolument même mission que le tiers chargé de déterminer un prix de vente ou de louage. Ce dernier, en effet, décide souverainement, et sa décision, fût-elle inique, devient la loi des parties (L. 15, C., *De contr. empt.*, IV, 35). Ici, au contraire, l'arbitre choisi doit se comporter comme le ferait un homme de bien : son rôle consiste donc à apprécier le rapport réel des mises et à régler en conséquence les parts dans le gain et dans la perte. Aussi, lorsque sa décision est d'une iniquité manifeste, les intéressés peuvent-ils l'attaquer et la faire réformer par le juge (LL. 76 à 80, *Pro. soc.*); 2° de cette première observation, il suit que, tandis que la détermination d'un prix de vente ou de louage ne peut être confiée qu'à un tiers, ici rien n'empêche les contractants de s'en rapporter à l'un d'eux. Car ils n'ont pas à craindre une décision arbiraire rendue sous l'influence exclusive de l'intérêt personnel (L. 6, *Pro soc.*); 3° bien évidemment, si l'arbitre meurt sans avoir rempli sa mission ou s'il lui devient impossible de la remplir, la société s'évanouit, ou plutôt elle est réputée n'avoir jamais pris naissance (L. 75, *Pro soc.*) (2).

Troisième hypothèse : Les contractants ont gardé le silence. — Ici la règle est que les parts sont égales, *æquales*, dit Justinien (§ 1 *sup.*), *æquæ*, disaient avant lui Gaius (III, § 150) et Ulpien (L. 29 pr.,

(1) Parmi les conventions autorisées, je citerai encore celle-ci : le bénéfice d'un associé peut être limité à une somme déterminée ou au surplus d'une somme déterminée (LL. 44 et 52 § 7, *Pro soc.*).

(2) Devrait-on décider de même si l'arbitre refusait de procéder au règlement des parts ? Je dirais oui, lorsque l'arbitre est un tiers ; non, lorsqu'il est pris parmi les associés. Au premier cas, en effet, il n'est tenu d'aucune obligation ; au second cas, il méconnaît une convention qui le lie.

Pro soc.). Quelques interprètes, peu contents sans doute d'une telle doctrine, se sont efforcés d'établir qu'il s'agit ici d'une égalité non point absolue, mais proportionnelle, c'est-à-dire que les parts devraient correspondre aux mises. Mais, outre que les textes précités ont un langage qui résiste à une semblable interprétation (1), l'un d'eux, celui d'Ulpien, contient quelque chose de tout à fait décisif : car, après avoir exprimé que le silence des contractants entraîne égalité des parts, le jurisconsulte se demande tout aussitôt si l'inégalité ne peut pas être établie par une clause expresse, question dépourvue de sens si la règle qu'il vient de poser ne devait s'entendre que d'une égalité proportionnelle. La même doctrine se dégage invinciblement d'un autre texte où nous voyons qu'on avait eu des doutes sur la validité d'une société de tous biens contractée entre personnes de fortune inégale (L. 5 § 1, *Pro soc.*). Pourquoi donc ces doutes, si les bénéfices et les pertes devaient se partager proportionnellement aux mises ? Au surplus, la règle romaine repose sur cette idée très simple qu'en se taisant sur le règlement des parts les associés ont implicitement reconnu l'équivalence de leurs apports respectifs (2). Il y a là une présomption fort naturelle (3) et qui a l'avantage de couper court à tout procès.

III. — DES EFFETS DE LA SOCIÉTÉ.

Lib. III, tit. xxv, *De societate*, § 9. — Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit,

On a demandé si, à l'exemple du dépositaire, l'associé poursuivi par l'action *pro socio* n'est tenu envers son associé qu'à raison de son dol,

(1) Si le texte des Institutes était seul, on pourrait soutenir, comme on l'a fait, que les mots *partes æquales* signifient des parts proportionnelles aux apports. Ce langage n'est pas sans exemple (Tite-Live, I, 43 *in fine*).

(2) Cette explication contient une réponse péremptoire à la principale objection qui ait été élevée contre la doctrine de l'égalité absolue des parts. Cette objection est tirée du rôle que les textes assignent à l'arbitre chargé de fixer la proportion selon laquelle les gains et les pertes se répartiront. La bonne foi, dit-on, et cela est vrai, veut qu'il tienne compte de la valeur respective des apports. Pourquoi donc la bonne foi n'exigerait-elle plus qu'on en tînt compte dans le silence du contrat ? Mais on ne prend pas garde qu'en nommant un arbitre les parties ont évidemment reconnu la non-équivalence des apports, tandis que leur silence s'explique par l'idée contraire.

(3) Elle est surtout naturelle dans les sociétés universelles, et c'est une nouvelle raison pour croire que ces sociétés sont les plus anciennes de toutes.

sicut is qui deponi apud se passus est, an etiam culpæ, id est, desidiæ atque negligentiæ nomine, quæsitum est : prævaluit tamen etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est : sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium qualem suis rebus adhibere solet; nam qui parum diligentem socium sibi adsumpsit, de se queri debet (Gaius, L. 72, *Pro socio*, XVII, 2).

ou s'il l'est aussi à raison de sa faute, c'est-à-dire de son incurie et de sa négligence. Mais dans l'opinion qui a prévalu il est tenu même de sa faute. Toutefois la faute ne s'apprécie pas ici par comparaison à la diligence la plus exacte; il suffit, en effet, que l'associé apporte dans les affaires communes le soin qu'il a coutume d'apporter dans les siennes; car celui qui s'associe à un homme peu diligent ne doit se plaindre que de soi-même.

627. Je résume comme il suit les effets de la société :

1° Chaque partie est tenue de réaliser son apport. Quant au procédé à suivre pour exécuter cette obligation, une distinction est nécessaire. S'agit-il de choses corporelles : des traditions ou des mancipations les rendront indivises entre les divers associés. S'agit-il de créances : il y aura lieu à des cessions d'actions ou à des délégations. Que si quelques dettes grèvent l'actif apporté, l'associé débiteur reste seul tenu envers ses créanciers. Mais il peut exiger que ses associés lui promettent de l'indemniser pour leur part (1).

2° Chaque associé doit garantie, soit à raison de l'éviction totale ou partielle de ses apports, soit à raison des vices qui en diminueraient sensiblement la valeur. Toutefois ces obligations n'ont point ici les conséquences spéciales qu'on leur fait produire dans la vente, et par la force des choses elles ne grèvent que les associés à titre particulier. En effet, quand plusieurs personnes ont mis en commun la propriété ou la jouissance de tous leurs biens, l'éviction qui survient ou les vices qu'on découvre n'ont qu'un seul résultat : c'est de prouver que le droit de la société portait sur moins de choses ou sur des choses de moins de valeur qu'on ne l'avait cru.

3° Dans le silence du contrat, chaque associé a naturellement le droit et l'obligation de gérer les affaires communes (2). Et de même

(1) Quand il s'agit d'une *societas omnium bonorum*, les choses corporelles dont les associés sont propriétaires au jour du contrat deviennent immédiatement communes par l'effet d'une tradition tacite. Mais en ce qui concerne soit les choses corporelles ultérieurement acquises, soit les créances et les dettes, le droit commun conserve toute sa force (L. 1 § 1; LL. 2 et 3 pr.; L. 74, *Pro soc.*).

(2) Dans les sociétés investies d'une personnalité, l'administration est ordinaire-

que les bénéfices de cette gestion se répartissent entre tous, de même les dépenses et les pertes dont elle a été la cause directe sont supportées en commun par tous les associés solvables (L. 52 § 4 ; L. 60 § 4 ; L. 61 ; L. 67 pr., *Pro soc.*). Au surplus il est à peine nécessaire de faire remarquer que conformément aux principes généraux les associés ne se représentent pas les uns les autres, et, par conséquent, dans leurs rapports avec les tiers il y a lieu de distinguer deux hypothèses : ou ils agissent tous ensemble, par exemple ils se réunissent pour vendre, et alors dès le principe la créance et la dette se partagent entre eux (1) ; ou bien l'un des associés traite seul, et, en ce cas, c'est lui seul qui devient créancier ou débiteur, lui seul par conséquent qui peut poursuivre ou être poursuivi (2).

4° Toutes les sommes qu'un associé touche à ce titre forment un bénéfice commun, et réciproquement celles qu'il paye sont supportées par tous. Un exemple montrera jusqu'où l'on pousse cette idée. Soit trois associés dont l'un ait fait une opération qui lui a rapporté 30. Chacun des deux autres lui demande le tiers de ce bénéfice. Mais l'un obtient 10, et l'autre, par l'effet de l'exception *quod facere potest*, n'obtient que 4. Celui-ci pourra exiger de celui-là la somme de 3,

ment confiée à un *syndicus* ou *actor* pris parmi les associés (L. 1 § 1, *Quod cujusc. univ. nom.*, III, 4. — N° 186). Mais le contrat peut la diviser entre tous ou quelques-uns, et en ce cas, du moins Paul le constate pour les *societates vectigalium*, elle peut être retirée à celui qui fait preuve d'incapacité (L. 9 § 4, *De publ.*, XXXIX, 4). Il y a là un argument pour soutenir que de telles sociétés ne se dissolvent pas par la renonciation d'un de leurs membres.

(1) S'agit-il ici de parts viriles ou de parts proportionnelles aux parts dans la société? La première opinion se fonde sur le droit commun (n° 517); mais la seconde a pour elle un texte de Paul (L. 44 § 1, *De æd. ed.*, XXI, 1). Supposons que des marchands d'esclaves associés fassent ensemble une vente ; le jurisconsulte nous apprend que s'il y a lieu aux actions édilitiennes, chacun en est tenu proportionnellement à son droit dans la société ; mais que l'acheteur peut, s'il le préfère, agir pour le tout contre celui qui a la plus forte part. Cette seconde décision avait été introduite par les édiles en haine des marchands d'esclaves (*venaliciarii* ou *mangones*, L. 207, *De verb. sign.*, L, 17), race avide et sans scrupules; elle est donc tout à fait spéciale. Mais la première paraît avoir le caractère d'une règle générale. Toutefois peut-être que le partage se fait par portions viriles lorsque le tiers a ignoré qu'il traitait avec des associés.

(2) Par exception, le banquier qui s'oblige *litteris* oblige aussi son associé, et cela *in solidum* (Cic., *Ad. Her.*, II, 13). Au surplus dans le dernier état du droit classique la rigueur des anciennes règles reçoit deux tempéraments : 1° lorsque l'associé qui agit seul a mandat des autres, ceux-ci, dans leurs rapports avec les tiers, sont tenus et investis d'actions utiles (n° 637); 2° indépendamment de tout mandat, l'associé qui profite de l'obligation contractée par son associé est tenu jusqu'à concurrence de ce profit (L. 82, *Pro soc.*).

afin qu'il n'y ait pas d'inégalité (L. 63 § 5, *Pro soc.*). Ce principe nous explique certaines modifications que la société apporte aux effets réguliers de la corréalité, et notamment pourquoi, la libération étant léguée à l'un seulement de plusieurs *correi promittendi socii*, les autres ne sont plus du tout tenus, pas même pour leur part (nº 552. — T. I, p. 991, note 1).

5º Les associés répondent les uns envers les autres de leur dol et de leur faute (L. 52 §§ 1 et 2, *Pro soc.*). Mais quelle sera ici la mesure de la faute? Demanderons-nous qu'étant tous intéressés au contrat ils se comportent avec la diligence irréprochable du père de famille idéal ? Les principes généraux le voudraient ainsi. Mais il y a en notre matière deux motifs pour déroger à cette rigueur ; c'est d'abord l'esprit de fraternité qui doit animer tous les associés ; c'est aussi et surtout que, les affaires de tous étant en même temps les affaires de chacun, ils sont naturellement portés à agir pour la société comme ils agiraient pour eux-mêmes. Aussi les tient-on quittes de toute responsabilité lorsqu'ils prouvent n'avoir pas été moins soigneux des intérêts communs que de leurs intérêts purement personnels (§ 9 *sup*. — L. 72, *Pro soc.*) (1). Au surplus, le dommage résultant du dol ou de la faute d'un associé ne se compense jamais avec les profits que la société lui doit (LL. 23 § 1 ; LL. 25 et 26, *Pro soc.*). Car qui est tenu de plusieurs obligations ne s'affranchit pas des unes en exécutant les autres.

IV. — COMMENT SE DISSOUT LA SOCIÉTÉ. — DES CONSÉQUENCES DE SA DISSOLUTION.

Lib. III, tit. XXV, *De societate*, § 4. — Manet autem societas eo usque donec in eodem consensu perseveraverint; at quum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas. Sed plane, si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, quum ab aliquo heres esset relictus, in hoc

La société dure aussi longtemps que le consentement des associés persévère ; mais elle se dissout par la renonciation d'un seul. Toutefois, si l'un des associés renonce par fraude à l'effet de s'approprier exclusivement quelque bénéfice, par exemple si un associé de tous biens renonce pour profiter seul d'une hérédité qui lu a été laissée,

(1) Le motif donné par ces deux textes n'est pas plus satisfaisant que celui par lequel les Institutes expliquent que le dépositaire échappe à la responsabilité de ses fautes (nº 97).

renuntiaverit societati ut hereditatem solus lucrifaceret, cogetur hoc lucrum communicare; si quid vero lucrifaciat quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet : ei vero cui renuntiatum est, quidquid post renuntiatam societatem adquiritur, soli conceditur (Gaius, III, § 150).

il sera forcé de mettre en commun ce bénéfice; mais il garde pour lui seul les gains qu'il n'a point captés. Quant à l'associé auquel la renonciation a été signifiée, toutes les acquisitions qu'il fait dans la suite lui restent exclusivement propres.

§ 5. — Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit. Sed et si consensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur, et si plures supersint, nisi in coeunda societate aliter convenerit (Gaius, III, § 152).

La société se dissout encore par la mort d'un de ses membres, parce que celui qui s'associe contracte en vue d'une personne déterminée. Mais même lorsqu'elle a été formée entre plus de deux personnes, elle se dissout néanmoins par la mort de l'un des associés, quoiqu'il en survive plusieurs, à moins que le contraire n'ait été convenu au moment du contrat.

§ 6. — Item si alicujus rei contracta societas sit, et finis negotio impositus est, finitur societas.

De même, la société finit lorsqu'elle a été contractée pour une seule opération et que cette opération est terminée.

§ 7. — Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur; nam quum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur.

Il est manifeste que la société se dissout aussi par la confiscation, cela si la fortune entière d'un associé est confisquée; car, comme cet associé a un successeur, il est réputé mort.

§ 8. — Item si quis ex sociis mole debiti prægravatus bonis suis cesserit, et ideo, propter publica aut privata debita, substantia ejus veneat, solvitur societas; sed eo casu, si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas (Gaius, III, § 154).

De même, lorsque succombant sous le poids de son passif un associé cède ses biens, et qu'en conséquence on les vend pour satisfaire à des dettes soit publiques, soit privées, la société se dissout. Mais en pareil cas, si le consentement des associés persiste, une nouvelle société est réputée se former.

628. Dire qu'une société est dissoute, cela ne signifie point que les effets qu'elle a déjà produits s'évanouissent, mais simplement qu'elle n'en produira plus d'autres. Les causes qui déterminent ce résultat

sont au nombre de sept et peuvent se diviser en deux groupes. Dans l'un je compte : 1° l'arrivée du terme fixé par les contractants (L. 65 § 6, *Pro soc.*) (1) ; 2° l'achèvement de l'opération qu'ils avaient en vue, mode spécial aux sociétés *unius rei* (§ 6 *sup.* — L. 65 § 10, *Pro soc.*) ; 3° la perte fortuite du fonds social tout entier, ou plus largement la survenance d'un fait qui rend impossible le fonctionnement de la société (L. 63 § 10, *Pro soc.*) (2). En admettant ces trois causes de dissolution, la loi ne fait que s'incliner devant la volonté des parties ou devant la force des choses. Dans le second groupe je comprends la renonciation de l'une des parties, son décès, sa *capitis deminutio*, et la vente en bloc de ses biens. Ces quatre causes de dissolution sont autant d'applications de l'idée précédemment exprimée que la société se contracte *intuitu personæ*. Sur chacune quelques mots d'explication sont nécessaires.

Renonciation (§ 4 *sup.* — L. 65 §§ 3 à 8, *Pro soc.*). — J'appelle ainsi la signification par laquelle un des contractants fait connaître aux autres son intention de se retirer (3). Qu'elle rompe la société dans tous les cas, et cela nonobstant l'existence d'un terme non encore échu, et même en dépit de la clause par laquelle les parties se seraient d'avance interdit de renoncer soit à une époque quelconque, soit pendant un temps déterminé (4), ce sont là des points certains (L. 14 ; L.

(1) On a dit que l'arrivée du terme ne dissout pas de plein droit la société, mais que son effet se borne à affranchir de toute responsabilité l'associé qui se retire. On a fondé cette doctrine sur un texte qui porte ces mots : *Si tempus finitum est, liberum est recedere* (L. 65 § 6, *Pro soc.*). Mais je crois que cette interprétation exagère la portée du texte. Toute l'idée qu'il veut faire ressortir est celle-ci : avant l'arrivée du terme aucun associé ne se retire qu'à ses risques et périls, tandis qu'une fois le terme venu chacun est pleinement libre de refuser son consentement à la formation d'une nouvelle société.

(2) Pour faire comprendre l'intérêt qu'il y a à élargir ma première formule, supposons avec Ulpien (L. 58 pr., *Pro soc.*) que vous avez trois chevaux, moi un seul, et que nous les mettons en commun dans l'unique but de les vendre ensemble. Si le mien vient à périr avant la vente, le fonds social n'est pas détruit, et pourtant la société cesse, puisque désormais notre but ne peut plus être atteint. Supposez au contraire que nous nous fussions simplement proposé d'avoir un quadrige, la perte de mon cheval laisserait subsister le contrat.

(3) L'existence de ce mode de dissolution nous montre ce qu'il faut entendre par une société contractée *in perpetuum* (L. 1 pr., *Pro soc.*). C'est simplement celle qui n'a pas une durée fixée d'avance.

(4) La nullité de cette clause s'explique suffisamment par cette idée que qui a ma confiance aujourd'hui ne l'aura peut-être pas demain. Mais il faut se garder de la rattacher à la règle d'après laquelle nul n'est tenu de rester dans l'indivision (n° 361). Ce qui le prouve bien, c'est que l'on peut pour un temps déterminé s'interdire de demander le partage, mais non pas de renoncer à la société.

65 § 6 *Pro soc.*). Mais il y a des cas où l'on dit du renonçant : *socios liberat a se, non se liberat a sociis,* c'est-à-dire il dégage ses associés envers lui-même et ne se dégage point envers eux. Ces cas sont au nombre de trois : 1° je renonce au mépris d'un terme. Ici, en supposant que mon associé fasse avant l'arrivée du terme des opérations dont les résultats eussent dû être communs, si elles aboutissent à un bénéfice, il le gardera seul ; si elles aboutissent à une perte, je la partagerai avec lui (L. 65 § 6, *Pro soc.*) ; 2° ma renonciation est frauduleuse en ce sens qu'elle tend à priver mes associés de leur part dans une acquisition que dès à présent il dépend de moi de réaliser. Par exemple, étant donné une société de tous biens, j'y renonce pour bénéficier seul d'une hérédité déjà ouverte. mais non encore acceptée. Mes associés m'obligeront à partager avec eux, si l'hérédité est bonne ; si au contraire elle est mauvaise, j'en supporterai seul les dettes, et dans tous les cas je resterai étranger aux acquisitions par eux réalisées postérieurement à ma renonciation (§ 4 *sup.*); 3° je renonce à contre-temps. Ainsi nous avons acheté des esclaves pour les revendre avec bénéfice, et au moment où je renonce les esclaves se vendent mal. Je devrai compte à mes associés du dommage que je leur cause (L. 65 § 5, *Pro soc.*) (1).

Décès (§ 5 *sup.*). — Bien que la société se dissolve par la mort de l'un des associés, il va de soi que les héritiers participent aux profits et aux pertes qui, réalisés ultérieurement, se rattachent néanmoins à des opérations antérieures (L. 65 §§ 2 et 9, *Pro soc.*). Du reste le contrat peut contenir une clause portant que la société continuera quoique privée d'un de ses membres. Mais cette clause n'a son effet qu'entre les survivants. A l'égard des héritiers du défunt, une convention nouvelle est toujours nécessaire pour les faire entrer en sa place, et cela tient à ce qu'ils n'ont pas pu, inconnus qu'ils étaient, avoir dès l'origine la confiance des parties (LL. 35 et 37, *Pro soc.*) (2).

(1) Il y a deux modes particuliers de renonciation que je dois signaler. Le premier se rencontre quand un associé fait l'abandon de sa part aux autres (L. 14 § 4, *Com. div.*, X, 3), et le second lorsque, le fonds social consistant en un seul objet, l'un des associés aliène sa part indivise.

(2) En cette matière, les sociétés de publicains et plus généralement peut-être toutes celles qui ont une personnalité civile, paraissent présenter deux particularités assez obscurément indiquées par les textes. Les voici, telles que je les comprends avec plusieurs interprètes : 1° de telles sociétés subsistent nonobstant la mort d'un de leurs membres, et cela tient à ce que ce sont plutôt ici les capitaux que les personnes qui s'unissent. Du reste, cette décision suppose que le défunt n'était pas indispensable à la conduite des opérations sociales ; 2° l'héritier du

Capitis deminutio. — On sait déjà que dans le droit ancien la *minima capitis deminutio* elle-même dissolvait la société (1), et que sous Justinien elle ne la dissout plus (n°s 188 et 184). A ne lire que les Institutes, on serait même tenté de croire que ce prince raye absolument la *capitis deminutio* de notre liste et la remplace par la confiscation générale (§ 7 *sup.*). Mais telle n'est pas, à mes yeux, sa pensée. Il veut dire deux choses : d'une part que la *maxima* et la *media capitis deminutio*, même non accompagnées de confiscation, continueront de dissoudre la société (2), et d'autre part que le même effet sera désormais attaché à la confiscation générale, même prononcée indépendamment de toute *capitis deminutio* (3).

Bonorum venditio. — Il n'y a pas à distinguer si la vente est poursuivie par des particuliers ou au nom du peuple. Mais dans cette hypothèse, comme dans la précédente, un nouvel accord de volontés peut faire revivre la même société entre les mêmes personnes : il suffit pour cela que l'associé du chef de qui la dissolution procède soit resté capable (Gaius, III, § 154). Du reste la *bonorum venditio* ayant disparu avec la procédure formulaire, les Institutes ne la mentionnent plus ici ; et néanmoins Justinien retient quelque chose de l'ancien droit en décidant que la société se dissoudra par la *bonorum cessio*, c'est-à-dire précisément par l'un des faits qui jadis entraînaient la *bonorum venditio* (§ 8 *sup.* — n° 485).

629. Une fois la société dissoute, il faut liquider les droits respec-

défunt entre dans la société, mais sans rôle actif. Je veux dire qu'il participe bien aux profits et aux pertes, mais qu'il est exclu de l'administration, à moins qu'une clause formelle ne l'autorise à y prendre part (L. 59 pr. ; L. 63 § 8, *Pro soc.*).

(1) C'est ce qui ressort très clairement d'un passage de Gaius (III, § 153). Il ne faut donc pas chercher à établir la doctrine contraire par certains textes du Digeste que Justinien a dû corriger pour les mettre d'accord avec sa propre législation (L. 63 § 10 ; L. 65 § 11, *Pro soc.*). Ces textes, s'il en était besoin, seraient réfutés par un autre que l'empereur n'a pas songé à retoucher. Julien et Ulpien (L. 58 § 2, *Pro soc.*), supposant qu'un fils de famille associé vient à être émancipé et qu'en fait pourtant les associés ne se séparent pas, examinent s'il se forme une nouvelle société ou si c'est la même qui continue. Visiblement, le sens de la question est celui-ci : la société a été brisée par l'émancipation, mais un accord tacite de volontés l'a rétablie, seulement on se demande s'il faut présumer que les parties ont voulu faire revivre toutes les clauses de leur contrat primitif.

(2) Cela résulte avec évidence de l'un des textes cités à la note précédente (L. 63 § 10, *Pro soc.*).

(3) C'est ainsi que le condamné à la relégation perpétuelle peut se voir confisquer tous ses biens, quoique la relégation n'emporte jamais *capitis deminutio* (L. 7 § 4 ; L. 14 § 1, *De int. et rel.*, XLVIII, 22).

tifs des parties, et, s'il y a lieu, procéder à un partage. A cette double fin, les associés ont à leur service les actions *pro socio* et *communi dividundo*. Ces deux actions, quoique se rencontrant dans certains résultats, diffèrent profondément par leur cause et par leur but ; et l'on n'use pas à volonté de l'une ou de l'autre.

L'action *pro socio* dérive du contrat de société ; l'action *communi dividundo* dérive du simple fait de l'indivision, et ce qui le prouve, c'est qu'en règle générale on ne la donne pas entre associés qui n'ont rien d'indivis, tandis qu'on la donne entre tous copropriétaires même non associés (LL. 1 et 2 pr., *Comm. div.*, X, 3). L'action *pro socio* ne tend qu'à faire exécuter les obligations nées du contrat : on l'intente, par exemple, pour obtenir la réalisation d'un apport, la mise en commun d'un bénéfice, la cession d'une créance, le remboursement d'une avance ou l'indemnité d'une perte (L. 52 §§ 3 et 4 ; L. 65 § 15 ; L. 74, *Pro soc.*). Au contraire, l'action *communi dividundo* a pour but essentiel le partage (1). Mais comme elle est de bonne foi, le juge est autorisé à y prendre en considération, non pas toutes les obligations des parties, mais bien celles qui se rattachent aux choses communes ; par exemple une de ces choses a été dégradée par tel associé ou lui a occasionné certaines dépenses : il y a là un compte qui peut être réglé accessoirement par le juge de l'action en partage (L. 38 § 1, *Pro soc.*). Concluons : l'action *communi dividundo* est nécessaire toutes les fois que les associés se trouvent dans l'indivision à l'égard d'un ou de plusieurs objets, et elle est suffisante si toutes leurs obligations se rapportent directement à ces objets. En sens inverse, l'action *pro socio* est indispensable, soit que les associés n'aient pas de biens indivis, soient qu'ils aient des obligations étrangères à ces biens. D'où il résulte que l'exercice de l'une de ces actions ne supprime pas nécessairement l'autre (L. 43, *Pro soc.*).

A. Reste, relativement au partage, une question que les textes ne

(1) Conclurons-nous de là que l'action *communi dividundo* ne puisse être exercée qu'après la dissolution de la société ? En tant qu'il s'agit de partager le fonds social, cette conclusion est exacte. Mais il est fort possible qu'il y ait lieu dans le cours de la société à un partage de bénéfices, par exemple s'il a été convenu que les fruits d'un fonds commun seraient partagés tous les ans. En pareil cas, le maintien de la société ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action *communi dividundo*. Quant à l'action *pro socio*, il est bien plus facile de la concevoir intentée avant la dissolution, et cependant un texte (L. 65 § 15, *Pro soc.*) nous apprend que cela ne se voyait guère dans la pratique, sans doute parce que l'associé qui avait à se plaindre de l'inexécution du contrat s'empressait presque toujours de le dissoudre par une renonciation.

résolvent pas. On se demande si le capital social se divise dans la même proportion que les bénéfices, ou si chaque associé prélève ses apports. La question, bien entendu, n'existe pas à l'égard des apports qui consistent en une simple jouissance ou en une industrie. Même à l'égard des apports en propriété, il est hors de doute que la reprise en nature n'est pas admise. Pour qu'elle le fût, il faudrait que l'auteur d'un tel apport fût réputé créancier d'un corps certain ; or il ne l'est pas, puisqu'on décide que, l'un des objets qu'il a mis en commun venant à périr fortuitement, la perte est supportée par tous et non par lui seul (L. 58 pr., *Pro soc.*). Finalement donc, la difficulté est celle-ci : l'associé qui a fait un apport en propriété est-il autorisé à prélever sur la masse commune une valeur égale à celle qu'il a mise dans la société? Je l'ai déjà dit, les textes sont muets. Mais leur silence ne tient-il pas à ce qu'aux yeux des jurisconsultes l'affirmative n'était pas douteuse? A l'appui de cette conjecture on remarquera que les textes qui s'occupent du règlement des parts ne visent jamais que les parts dans le gain et dans la perte, ce qui s'explique très bien une fois admis que le partage du capital se fait toujours proportionnellement aux apports.

DU MANDAT.

SOMMAIRE : I. Notion générale du mandat. — II. De ses diverses espèces. — III. Des obligations qui en résultent. — IV. De l'effet des actes du mandataire à l'égard des tiers. — V. Comment finit le mandat. — VI. Du *mandatum pecuniæ credendæ*. — VII. De la *procuratio in rem suam* et de la cession des actions.

I. — NOTION GÉNÉRALE DU MANDAT.

Lib. III, tit, XXVI, *De mandato*, § 6. — Tua gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces quam fœneres ; vel ex diverso, ut fœneres potius quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum magis consilium est quam mandatum, et ob id non est obligatorium ; quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi

Le mandat intervient dans votre intérêt lorsque par exemple quelqu'un vous charge de placer votre argent en achats d'immeubles plutôt qu'en prêts à intérêt, ou à l'inverse de le prêter à intérêt plutôt que d'acheter des immeubles. Un mandat de ce genre est plutôt un conseil qu'un mandat, et par conséquent n'est pas obligatoire. Car nul ne s'oblige en donnant un con-

non expediat ei cui dabitur, quum liberum cuique sit apud se explorare an expediat consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis ut rem aliquam emeres, vel eam crederes, quamvis non expediat tibi eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et hæc adeo ita sunt ut quæsitum sit an mandati teneatur qui mandavit tibi ut pecuniam Titio fœnerares. Sed obtinuit Sabini sententia obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset (Gaius, III, § 156. — L. 2 § 6, *Mand.*, XVII, 1).

seil même désavantageux pour celui qui le reçoit, puisque chacun est libre d'examiner par soi-même quelle est la valeur de ce conseil. Donc, si vous avez chez vous de l'argent qui dort, et qu'on vous engage à en acheter un objet ou à le prêter, l'achat ou le prêt ont beau vous être désavantageux, vous n'avez pas l'action de mandat contre l'auteur du conseil. Et cela est tellement vrai qu'on a mis en question si celui qui vous mande de prêter de l'argent à Titius est tenu envers vous de l'action de mandat. Mais d'après Sabinus, et c'est son opinion qui a prévalu, le mandat est obligatoire en ce cas, parce que vous n'eussiez pas prêté à Titius si nul ne vous en avait donné mandat.

§ 7. — Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda tibi mandet; licet enim pœnam istius facti nomine præstiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem (Gaius, III, § 157).

Ce n'est pas non plus un mandat obligatoire que celui qui est contraire aux bonnes mœurs, par exemple si Titius vous charge de commettre un vol, de causer un dommage ou de faire une injure; aussi, quoique vous ayez acquitté la peine due à raison d'un tel fait, vous n'avez pas d'action contre Titius.

§ 12. — Mandatum et in diem differri, et sub conditione fieri potest.

Le mandat peut être donné à terme ou sous condition.

§ 13. — In summa, sciendum est mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere; nam mercede constituta incipit locatio et conductio esse. Et, ut generaliter dixerimus, quibus casibus, sine mercede suscepto officio, mandati aut depositi contrahitur negotium, iis casibus interveniente mercede, locatio et conductio contrahi intelligitur; et ideo, si fulloni polienda curandave vestimenta dederis, aut

Enfin, il faut savoir que le mandat, quand il n'est pas gratuit, se résout en un autre genre d'opération; en effet, s'il y a fixation d'un salaire, le contrat devient louage. Et pour parler d'une manière générale, dans tous les cas où en l'absence de salaire il y a mandat ou dépôt, l'intervention d'un salaire fait du contrat un louage; et c'est pourquoi, si vous livrez des vêtements à un foulon pour les nettoyer et les soigner,

sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta neque promissa (1), mandati competit actio (Gaius, III, § 162).	ou à un tailleur pour les raccommoder, et cela sans fixation ni promesse d'un salaire, il y a action de mandat.

630. Le mandat est un contrat par equel une personne (*procurator*) se charge, envers une autre personne (*dominus, mandans*, et quelquefois *mandator*) qui lui donne pouvoir à cet effet (2), de gérer une ou plusieurs affaires gratuitement, et néanmoins sans avoir à supporter les frais de sa gestion. Analysant cette définition, nous allons trouver qu'en dehors du consentement, qui peut ici, comme en tout contrat consensuel, être exprès ou tacite (3), trois éléments sont essentiels à la formation du mandat :

1° Le mandataire se charge de faire quelque chose pour le compte du mandant, il lui rend un service déterminé. Mais quelle peut être la nature de ce service ? Il va de soi que nous écartons les faits contraires aux lois ou aux bonnes mœurs. Le mandat dont ils seraient l'objet n'a rien d'obligatoire ; par conséquent, le mandataire le laisse impunément sans exécution, et, l'ayant exécuté, n'a pas d'action pour obtenir le remboursement de ses frais (§ 7 *sup.* — L. 13 § 11 ; L. 22 § 6, *Mand.*, XVII, 1). Mais cela veut-il dire que tout acte licite et honnête puisse donner lieu à un mandat? Je ne le crois pas, et volontiers je poserais la règle en ces termes : le mandat n'a pour objet que des actes qui s'appliquent à un patrimoine, des actes d'administration dans le sens le plus large du mot. Cette formule exclut tous les services professionnels qui rétribués n'autorisent qu'une *persecutio extra ordinem*, c'est-à-dire tous ceux qu'avec plus ou moins d'exactitude les Romains tiennent pour non appréciables en argent. Donc, rendus gratuitement, ces services ne forment pas plus la matière d'un mandat que, payés, celle 'un ouage. Que telle soit bien la doctrine

(1) Ce mot désigne ici une simple convention, non une promesse verbale.

(2) Quelquefois le mot *mandatum* ne désigne pas autre chose que ce pouvoir (Inst., § 11, *De mand.*).

(3) C'est surtout à propos du mandat que les textes relèvent la possibilité d'un consentement tacite (L. 6 § 2 ; L. 53, *Mand.* — L. 60, *De reg. jur.*, L, 17), et c'est là en effet qu'il se comprend le mieux. Néanmoins les autres contrats consensuels peuvent aussi se former tacitement ; c'est ce qui a lieu : pour la vente, à l'égard des accessoires de la chose vendue (n° 605) ; pour le louage, en cas de tacite reconduction (n° 617) ; enfin pour la société lorsque, après la survenance d'une cause de dissolution, les associés continuent d'agir en commun comme auparavant (n° 628).

romaine, deux considérations le rendent au moins vraisemblable : c'est en premier lieu que jamais, à propos de semblables services, les jurisconsultes ne prononcent le nom de mandat; c'est ensuite que certains textes (§ 13 *sup.*) présentent le mandat et le louage comme se mouvant dans un cercle de faits à très peu de choses près identiques. Or, sans doute cette assimilation est loin d'être complètement exacte (1); mais ne nous indique-t-elle pas bien que si le louage et le mandat ont un domaine commun assez considérable, il y a aussi des faits qui sont exclus du domaine de l'un comme de l'autre? et ce sont précisément les faits professionels auxquels je viens de faire allusion, tels que ceux de l'avocat, du médecin, du professeur, et une foule d'autres (2). Si ma doctrine est vraie, elle aboutit à cette conséquence que de telles personnes ne sont point liées par la simple convention de fournir leurs services : elles ne répondent jamais que de leur dol.

2° Le mandat est essentiellement gratuit. Donc qu'un salaire intervienne, et l'opération se change non pas toujours en un louage, comme paraissent le dire Paul et Justinien (L. 1 § 4, *Mand.* — § 13 *sup.*), mais tantôt en un louage, tantôt en un simple pacte qui pourra devenir obligatoire à titre de contrat innommé. Il est fort probable qu'à l'origine la gratuité du mandat eut toute la valeur d'un principe absolu. Mais on finit par se relâcher de cette rigueur, et les textes classiques reconnaissent que les services du mandataire peuvent être rémunérés : seulement la rémunération ne prend pas le nom vulgaire de *merces*, elle s'appelle *salarium* ou *honor;* et la voie ouverte pour la recouvrer n'est point l'action *mandati*, mais une *persecutio extra ordinem* (L. 6 *pr.*; L. 7, *Mand.* — L. 1, C., *Mand.*, IV, 35) (3).

(1) En effet, le louage, à la différence du mandat, peut avoir pour objet la simple garde d'une chose. Mais, d'autre part, le mandat est beaucoup plus compréhensif : car il s'applique, très régulièrement, et à des actes juridiques et à des actes qui ne s'exécutent pas sur une chose corporelle (t. II, p. 499, note 2).

(2) Pour dire toute ma pensée, de tels faits sont absolument en dehors du domaine des contrats, et c'est pourquoi l'on n'essaya pas même de les considérer comme pouvant donner lieu à la formation de contrats innommés.

(3) Supposons une rétribution convenue, comme il arrive tous les jours, pour un de ces services professionnels qui ne s'évaluent pas en argent. Voilà, dans une opinion très généralement reçue, la principale, sinon l'unique application du mandat salarié dont je viens de constater l'existence. Pour moi, qui ne crois pas à un mandat quand de tels services sont gratuits, j'y crois, si c'est possible, bien moins encore, quand ils ne le sont pas. Du reste, fussé-je dans l'erreur à cet égard, il n'est pas douteux que le mandat tel que je l'entends, le mandat qui a pour objet un acte de gestion, peut être salarié. Ulpien nous en donne un exemple (L. 10 § 9, *Mand.*).

Est-ce à dire que dans le dernier état du droit Romain la gratuité du mandat n'ait plus rien de vraiment essentiel, et au fond se résolve en une simple diversité de langage et en une particularité de procédure? Cela n'est guère croyable, et, si je ne me trompe, voici ce qui subsiste de l'idée primitive : pour que le contrat reste un mandat, il faut que dans la pensée des parties, et ce sera là une question de fait très délicate, la chose ou la somme qui doit être fournie au mandataire ne soit pas l'équivalent du service qu'il rend ; il faut qu'elle ait le caractère d'un don rémunératoire plutôt que d'un salaire ou d'un payement. Ceci posé, le langage et la procédure que nous rencontrons ici n'ont plus rien d'étonnant : on les retrouve partout où il s'agit de rétribuer un service qui ne se mesure pas en argent.

3° Le mandataire ne veut pas plus s'appauvrir que s'enrichir. Il fournit son temps, ses soins, son intelligence; mais il entend ne rien prendre sur son patrimoine. Si donc l'exécution du mandat lui coûte quelque chose, il doit être indemnisé (L. 20 pr. ; L. 36 § 1, *Mand.* — L. 5 § 4, *De præscr. verb.*, XIX, 5).

De l'analyse qui précède il ressort que le mandat, à l'exemple de la société, et d'une manière peut-être encore plus absolue, se contracte *intuitu personæ* : il suppose chez le mandant une confiance particulière dans le mandataire, et chez le mandataire une intention particulière d'être agréable au mandant (1).

631 *a*. Conformément au droit commun, le mandat comporte l'apposition d'un terme ou d'une condition (§ 12 *sup.*). Toutefois une difficulté sérieuse s'élève en ce qui concerne le mandat *post mortem mandantis*. Dans les principes du droit antérieur à Justinien ce mandat devait être nul (n° 518), et c'est en effet ce que Gaius (III, § 158) décide d'une manière générale. Pourtant les textes nous offrent trois hypothèses où on le tient pour valable. La première est celle d'une *adstipulatio* accédant à une stipulation *post mortem stipulantis* (n° 557. — Gaius, III, § 117). La seconde a pour objet l'érection d'un

(1) Le mandat ne doit pas être confondu avec l'ordre donné à une personne *in potestate*. Un tel ordre s'impose : le *jus potestatis* qui permet au père de famille de le donner lui fournit aussi les moyens de le faire exécuter sans recourir à la justice, tandis qu'un mandat peut toujours être refusé (Inst., § 11, *De Mand.*), et, une fois accepté, entraîne la sanction d'une action. Il faut également distinguer le mandat du simple conseil et de la simple recommandation; en effet, l'acceptation du conseil ou de la recommandation, quoique tout à fait libre, ne crée aucune espèce d'action entre celui qui les donne et celui qui les reçoit; l'un et l'autre ne peuvent être tenus qu'à raison de leur dol et par l'action *de dolo* (§ 6 *sup.* — L. 10 § 6; L. 12 § 12, *Mand.* — L. 47 pr., *De reg. jur.*, L, 17).

tombeau au mandant après sa mort, et la troisième l'achat d'un fonds pour ses héritiers (L. 12 § 17; L. 13, *Mand.*) (1). Sont-ce donc là de véritables exceptions à la règle d'après laquelle nous ne pouvons pas faire naître une créance en la personne de nos héritiers? Non. Et en effet, dans les deux dernières espèces l'exécution du mandat peut être consommée ou préparée du vivant même du mandant, et alors celui-ci sera tenu de rembourser les frais déjà avancés; et dans la première espèce l'*adstipulator* peut éteindre la créance par une acceptilation frauduleuse, ce qui l'exposera tout de suite au recours du mandant (Gaius, III, §§ 215 et 216). Je conclus donc que le mandat *post mortem mandantis* vaut lorsque des circonstances exceptionnelles permettent de concevoir que l'action soit exercée ou par le mandant ou contre le mandant lui-même (2).

II. — DES DIVERSES ESPÈCES DE MANDAT.

Lib. III, tit. XXVI, *De mandato*, pr. — Mandatum contrahitur quinque modis : *sive sua tantum gratia aliquis* tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena. At, si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter

Le mandat se contracte de cinq manières : dans l'intérêt du mandant seul, *du mandant et du mandataire*, d'un tiers seulement, du mandant et d'un tiers, du mandataire et d'un tiers. Que si le mandat est dans l'intérêt exclusif du mandataire, il est inutile, et en conséquence n'engendre ni obligation ni

(1) Pour expliquer ces textes, d'anciens interprètes distinguent entre l'action *mandati directa* et l'action *mandati contraria;* la première pourrait naître dans tous les cas en la personne des héritiers du mandant, mais non pas la seconde en la personne des héritiers du mandataire. Cette explication, fort arbitraire en elle-même, était déjà difficile à soutenir en présence d'un texte qui annule le mandat de toucher une créance après la mort du créancier (L. 108, *De sol.*, XLVI, 3); elle est aujourd'hui tout à fait ruinée par les commentaires de Gaius.

(2) Ce qui prouve que c'est bien là la vraie explication, c'est que le mandat par lequel une personne se charge de prendre soin de mes funérailles ne vaut pas comme mandat (L. 14 § 2, *De rel.*, XI, 7); en effet, on est sûr qu'il ne sera pas exécuté de mon vivant. Du reste, aux trois hypothèses que j'ai rapportées on en peut joindre une quatrième; c'est celle d'un esclave aliéné sous la condition d'être affranchi après la mort de l'aliénateur (L. 27 § 1, *Mand.*). Mais, en pareil cas, n'y a-t-il pas plutôt contrat innommé que mandat? Quoi qu'il en soit à cet égard, la validité du contrat est certaine; car l'aliénateur peut se repentir et agir lui-même en répétition de l'esclave aliéné.

vos actio nascitur (Gaius, L. 2 pr., *Mand.*, XVII, 1)

action de mandat entre les parties.

§ 1. — Mandantis tantum gratia intervenit mandatum, veluti si quis tibi mandet ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo sponderes (Gaius, L. 2 § 1, *Mand.*, XVII, 1) (1).

Il y a mandat dans l'intérêt du mandant seul, lorsque par exemple il vous charge de gérer ses affaires, de lui acheter un fonds ou de le cautionner.

§ 2. — Tua et mandantis, veluti si mandet tibi ut pecuniam sub usuris crederes ei qui in rem ipsius mutuaretur; aut si volente te agere cum eo ex fidejussoria causa, tibi mandet ut cum reo agas periculo mandantis, vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo quem tibi deleget in id quod tibi debuerat (Gaius, L. 2 § 4, *Mand.*, XVII, 1).

Il y a mandat dans votre intérêt et dans celui du mandant, lorsque par exemple il vous charge de prêter à intérêts des sommes qui doivent être employées pour son compte par l'emprunteur; de même, si, lorsque vous voulez le poursuivre en sa qualité de fidéjusseur, il vous mande d'agir à ses risques contre l'obligé principal; ou encore lorsqu'il vous fait stipuler à ses risques d'une personne qu'il vous délègue à raison de ce que lui-même vous doit.

§ 3. — Aliena autem causa intervenit mandatum, veluti si tibi mandet ut Titii negotia gereres, vel ut pro Titio fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes (Gaius, L. 2 § 2, *Mand.*, XVII, 1).

Le mandat intervient dans l'intérêt d'un tiers, quand par exemple il a pour objet de gérer les affaires de Titius, de lui acheter un fonds ou de le cautionner.

§ 4. — Sua et aliena, veluti si de communibus suis et Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi et Titio fundum emeres, vel ut pro eo et Titio sponderes (Gaius, L. 2 § 3, *Mand.*, XVII, 1).

Le mandat a pour objet à la fois l'intérêt d'un tiers et celui du mandant, quand ce dernier vous charge de gérer des affaires qui lui sont communes avec Titius, d'acheter un fonds pour Titius et pour lui, ou de cautionner Titius et lui.

§ 5. — Tua et aliena, veluti si tibi mandet ut Titio sub usuris crederes : quod si ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum (Gaius, L. 2 § 5, *Mand.*, XVII, 1).

Le mandat intéresse à la fois le mandataire et un tiers, quand le mandant vous charge de prêter à Titius avec intérêts; que si le prêt doit se faire sans intérêts, le mandat n'intéresse plus que le tiers.

(1) Voy. sur le mot *spondere* une observation précédemment faite (t. II, p. 348 note 2).

632. Le mandat comporte deux classifications générales, fondées l'une sur la diversité des personnes qu'il peut intéresser, et l'autre sur l'étendue des pouvoirs qu'il confère au mandataire.

Les Institutes, se plaçant au premier point de vue, distinguent cinq espèces de mandat, selon qu'il a pour objet le seul intérêt du mandant, l'intérêt combiné du mandant et du mandataire, l'intérêt exclusif d'un tiers, celui d'un tiers et du mandant, ou enfin celui d'un tiers et du mandataire (pr. *sup.*). Sur chaque espèce les Institutes donnent des exemples qui presque tous se comprennent à première vue (§§ 1 à 5 *sup.*). Je me contenterai d'appeler l'attention sur deux hypothèses de mandat conçu dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire (§ 2 *sup.* — L. 22 § 2. — L. 45 §§ 7 et 8, *Mand.*). L'une, déjà expliquée (n° 568 *in fine*), est celle du fidéjusseur qui mande au créancier d'agir par préférence contre le débiteur principal ; l'intérêt du mandant consiste ici à s'assurer les avantages du bénéfice de discussion (1), et celui du mandataire à ne pas perdre l'un de ses débiteurs en poursuivant l'autre (2). La seconde hypothèse se présente quand sur mon ordre, mais à mes risques et périls, mon créancier se fait promettre ce que je lui dois par un tiers que je lui délègue. Mon intérêt tient à ce que j'échappe pour un temps, et peut-être pour toujours, aux poursuites ; celui du créancier consiste à avoir désormais deux débiteurs au lieu d'un seul. L'utilité de ce genre de mandat se comprendra mieux quand on aura étudié les règles de la délégation (nos 698 et 699) (3).

Reste à faire sur cette classification deux observations importantes : 1° on a dû remarquer que le mandat dans l'intérêt exclusif du mandataire n'y est pas compris ; c'est qu'en effet ce mandat est nul, ou, si

(1) On peut ajouter que désormais l'insolvabilité du débiteur survenue faute de poursuites tombe à la charge du mandataire.

(2) A l'époque de la promulgation des Institutes, Justinien avait déjà modifié les anciens effets de la *litis contestatio* (n° 564). Le mandat dont je parle n'avait donc plus qu'un très mince intérêt pour le mandataire : il l'autorisait seulement à choisir, pour exercer son recours contre le fidéjusseur, entre l'action *mandati* et l'action *ex stipulatu*. Plus tard l'intérêt du mandant lui-même disparut à peu près par l'introduction du bénéfice de discussion (n° 568).

(3) Comme exemple remarquable d'un mandat conçu dans le double intérêt du mandant et du mandataire, on peut encore citer le mandat de faire addition que les créanciers héréditaires donnent à l'héritier (t. I, p. 881, note 2). Les créanciers échappent ainsi à la nécessité de vendre; quant à l'héritier, il acquiert le droit, si l'hérédité est insolvable, de ne payer les dettes que jusqu'à concurrence de l'actif, et il reste sûr, si elle est solvable, de recueillir l'excédent de l'actif sur le passif

l'on aime mieux, n'a que la valeur d'un simple conseil (Inst., § 6, *De mand.*) (1) ; 2° le mandat conçu dans l'intérêt exclusif d'un tiers, et par voie de conséquence celui qui intéresse à la fois un tiers et le mandataire, ne valent jamais par le seul consentement des parties. Décider autrement, ce serait soustraire le mandant à la règle d'après laquelle nul ne devient créancier sans y avoir un intérêt personnel, et les textes repoussent une telle exception (L. 8 § 6, *Mand.*). Vainement prétend-on que, par le seul fait de vous donner mandat dans l'intérêt d'un tiers, je me trouve immédiatement obligé envers lui comme *negotiorum gestor*, et par conséquent intéressé à l'exécution du mandat. Pour qu'une telle idée fût admissible, il faudrait que la *negotiorum gestio* résultât de la simple intention de s'immiscer aux affaires d'autrui, et non pas d'une immixtion réelle. Le vrai est que je ne deviens gérant d'affaires qu'au jour où le mandat reçoit un commencement d'exécution (L. 28, *De neg. gest.*, III, 4) ; c'est donc alors aussi, mais alors seulement, qu'il prend force et engendre les actions *mandati* (2).

633. A un point de vue tout différent, on distingue le mandat spécial et le mandat général ou *procuratio omnium bonorum :* l'un se restreint à une ou plusieurs affaires ; l'autre embrasse la gestion d'un patrimoine entier.

Les pouvoirs du mandataire spécial se trouvent nécessairement définis et précisés par l'objet même de son mandat. Quant au mandataire général, tous les actes d'administration sont certainement de sa compétence. Mais on se demande s'il peut aussi faire des actes de disposition? Or à cet égard nombre d'interprètes distinguent d'après les termes employés par le mandant. A-t-il expressément conféré à son mandataire la *libera administratio :* cela impliquerait pouvoir de disposer au moins à titre onéreux ; et effectivement, dit-on, c'est ce que plusieurs textes reconnaissent (Inst., § 43, *De divis. rer.*, II, 1. — L. 58, *De proc.*, III, 3. — L. 9 § 4, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1). Au contraire, la procuration est-elle simplement générale : elle exclurait

(1) Il ne faut pas conclure de là que jamais le mandat ne puisse avoir pour objet un fait à exécuter sur la chose du mandataire lui-même. Un tel mandat vaut pourvu qu'il intéresse le mandant, et c'est ce que prouve un exemple intéressant fourni par Ulpien (L. 16, *Mand.* — Voy. aussi L. 22 § 4, *eod. tit.*).

(2) J'ai déjà fait remarquer (n° 520) qu'une stipulation qui au premier aspect, et à n'examiner que la forme, semble conçue dans le pur intérêt d'un tiers, peut en réalité intéresser le stipulant. La même observation doit être appliquée au mandat.

absolument le pouvoir de disposer, et c'est encore, dit-on, ce que les textes confirment (LL. 60 et 63, *De proc.*). Contrairement à cette distinction, je remarque d'une part qu'il y a aussi des textes qui, se plaçant dans l'hypothèse d'une procuration simplement générale, permettent au mandataire de nover, de déférer un serment, de plaider, même de consentir un pacte *de non petendo* (L. 20 § 1, *De nov.*, XLVI, 2. — L. 17 § 3, *De jurej.*, XII, 1. — L. 12, *De pact.*, II, 14), tous actes qui pourtant comptent bien parmi les actes de disposition. D'autre part, on a déjà vu (n° 293) que l'esclave et le fils de famille, quoique investis de la libre administration de leur pécule, ne sont pas pour cela autorisés à faire toute espèce d'actes de disposition, et pourtant leur situation ressemble très fort à celle d'un mandataire général qui aurait reçu la *libera administratio*. Ma conclusion est qu'il ne faut pas exagérer l'importance des termes employés par le mandant; que sans doute ils peuvent et doivent servir à faire présumer l'étendue plus ou moins large des pouvoirs du mandataire; mais que la détermination exacte de ces pouvoirs reste dans tous les cas une question de fait.

III. — DES OBLIGATIONS QUI RÉSULTENT DU MANDAT.

Lib. III, tit. XXVI, *De mandato*, § 8. — Is qui exsequitur mandatum, non debet excedere fines mandati ; ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes, neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere ; alioquin non habebis cum eo mandati actionem. Adeo quidem ut Sabino et Cassio placuerit, etiamsi usque ad centum aureos cum eo agere velis, inutiliter te acturum. Diversæ scholæ auctores recte usque ad centum aureos te acturum existimant; quæ sententia sane benignior est. Quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo actionem ; quoniam qui mandat ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is uti-

Le mandataire qui exécute doit rester dans les limites du mandat. Par exemple, si vous êtes chargé d'acheter un fonds ou de cautionner Titius, et cela sans dépasser cent sous d'or, vous ne devez ni acheter ni cautionner pour une somme plus forte; autrement vous n'aurez pas l'action de mandat. Cela est tellement vrai que, d'après Sabinus et Cassius, quand même vous ne voudriez agir que jusqu'à concurrence de cent sous d'or, vous ne le pourriez pas. Mais les auteurs de l'école opposée pensent avec raison que dans cette limite vous agiriez valablement ; décision sans aucun doute plus bienveillante. Que si vous avez acheté pour un prix moindre, certainement vous aurez l'action, parce

que mandasse intelligitur ut minoris, si possit, emeretur (Gaius, III, § 161).

que celui qui donne mandat d'acheter pour cent sous d'or est toujours réputé donner mandat d'acheter à meilleur marché, si c'est possible.

634. Distinguons entre les obligations du mandataire et celles du mandant, ou, ce qui revient au même, entre le contenu de l'action *mandati directa* et le contenu de l'action *mandati contraria*.

Le mandataire est tenu de trois obligations :

1° Il doit exécuter le mandat (Inst., § 11, *De mand.*), c'est-à-dire faire précisément ce dont il s'est chargé, et le faire aux conditions déterminées par le mandant ou à des conditions meilleures. Écartant l'hypothèse d'un mandataire qui s'abstiendrait absolument d'agir, nous dirons donc qu'il y a deux ordres de cas où le mandat n'est point exécuté : 1° L'affaire faite par le mandataire n'est pas celle qu'il avait mission de faire. Par exemple je devais acheter la maison de Séius, et j'achète celle de Titius (L. 5 § 2, *Mand.*). En pareil cas, il est hors de doute que le mandant ne peut pas exiger que je lui livre la maison achetée, ni moi le forcer à la prendre pour son compte. La seule question qui s'élève consiste à savoir si je dois des dommages-intérêts, et cette question se résout en fait par l'examen de celle-ci : m'a-t-il été possible ou non d'acheter la maison de Séius aux conditions fixées dans le mandat? 2° L'affaire faite par le mandataire est bien celle dont il s'était chargé, mais il l'a faite à des conditions plus onéreuses que ne le comportait le mandat. Ici il y a deux points certains : le premier, c'est que le mandant n'est pas forcé d'accepter l'affaire telle qu'elle a été faite. Le second, c'est qu'il a droit à des dommages-intérêts, lorsqu'en fait le mandat pouvait être exécuté tel qu'il avait été donné (L. 41, *Mand.*). Mais supposons que le mandataire offre de prendre à sa charge personnelle le préjudice résultant de ce qu'il a dépassé ses pouvoirs, ne dirons-nous pas qu'alors le mandant est obligé d'accepter l'opération? Peut-être bien qu'à une certaine époque la négative fut admise d'une manière absolue ; c'est du moins ce que l'on peut conjecturer par un texte de Paul où on lit que l'acte fait par le mandataire qui excède ses pouvoirs est réputé autre que l'acte qu'il devait faire (L. 5 pr., *Mand.*). Mais à coup sûr cette formule n'exprime ni la doctrine généralement reçue au temps de Paul ni celle de Paul lui-même (1); et par une revue de quelques textes

(1) Nous en trouverons la preuve tout à l'heure dans le § de la loi qui vient d'être citée.

nous allons nous convaincre que dans le droit de Justinien la solution affirmative prévaut toutes les fois qu'elle n'a rien de préjudiciable pour le mandant, et que déjà à l'époque classique elle était contestée sur certaines hypothèses plutôt qu'elle ne donnait lieu à une controverse générale. Supposons d'abord avec Gaius (III, § 161) que, chargé d'acheter un fonds pour cent sesterces au plus, je le paye cent dix sesterces; puis-je forcer le mandant à le prendre pour cent sesterces? Gaius, avec ceux de son école, disait non, et cela parce qu'il trouvait inique que quelqu'un fût obligé d'accepter une chose qu'il n'avait pas le droit d'exiger (L. 3 § 2, *Mand.*). Mais les Proculiens décidaient en sens contraire, et leur décision est approuvée par Justinien comme plus bienveillante (§ 8 *sup.*) (1). En effet, évitant au mandataire la chance d'être condamné pour n'avoir pas exécuté son mandat, elle lui ôte du même coup la crainte d'encourir l'infamie qui est la conséquence ordinaire de son échec dans l'action *mandati directa*. A côté de cette hypothèse, les Institutes (§ 8 *sup.*) en présentent une autre qu'elles résolvent implicitement dans le même sens. Il s'agit d'un fidéjusseur qui a promis cent dix, quoique le débiteur lui eût donné mandat de promettre seulement cent. On se demande si, ayant payé, il peut recourir par l'action *mandati* jusqu'à concurrence de la somme indiquée dans le mandat. Très probablement la controverse fut ici moins vive ou moins longue que sur la précédente hypothèse, car Gaius ne la rapporte pas, et avant lui déjà la question était résolue affirmativement par le plus éminent de l'école Sabinienne, par Julien, qui en cela se déclare d'accord avec la majorité des jurisconsultes (L. 33, *Mand.*) (2). Pourquoi cet accord? Sans doute parce que dans notre espèce l'acte du mandataire est facile à décomposer. On peut dire de lui qu'il a exécuté le mandat et fait quelque chose de plus. Mais on aurait de la peine à soutenir que tout ce qu'il a fait soit en dehors du mandat. Enfin au Digeste, Paul (L. 5 § 3, *Mand.*), supposant que j'ai vendu quatre-vingt-dix un fonds que je devais vendre cent, décide que je puis obliger le mandant à respecter la vente, pourvu que je lui offre entière la somme qu'il comptait retirer de son fonds; et dans ses sentences, le même jurisconsulte signale cette décision comme ayant obtenu l'adhésion de tous (Paul, II, 15 § 3).

(1) Il y a au Digeste un texte où Gaius rapporte et paraît approuver la décision proculienne. Mais cette approbation est évidemment le fait de Justinien (L, 4, *Mand.*).

(2) Sur ce texte, voy. t. II, p. 362, note 1.

2° Le mandataire est tenu de rendre compte. Plus clairement, si l'on veut, la règle est qu'il ne retienne rien des bénéfices que lui a procurés sa gestion, mais qu'il les transporte tous en la personne du mandant. A cette fin, il emploie les procédés que le droit commun met à sa disposition. Par exemple, a-t-il acquis un droit de propriété : il devra livrer ou manciper la chose (L. 8 § 10, *Mand.*). Est-il devenu créancier : il cédera ses actions (L. 45 pr., et § 4, *Mand.*). Cette seconde obligation n'est qu'une conséquence de la précédente, et elle s'entend avec une telle rigueur, que le mandataire qui, chargé d'intenter une poursuite judiciaire, n'aurait triomphé que par l'erreur ou l'injustice du juge, devrait néanmoins restituer le montant de la condamnation (L. 46 § 4, , *De proc.*, III, 3). Décider autrement, ce serait l'admettre à s'enrichir par l'exécution de son mandat.

3° Le mandataire répond de son dol et par conséquent de sa faute lourde. Mais sa responsabilité s'arrête-t-elle là ? A ne consulter que les principes généraux, on devrait répondre oui, puisqu'il est tout à fait désintéressé dans le contrat ; et on ne peut guère douter que telle ait été pendant longtemps la doctrine Romaine. Je la trouve appliquée par Ulpien dans quelques espèces particulières (L. 8 § 10 ; L. 10 pr. ; L. 29 pr., § 3, *Mand.*). Un texte de Paul la suppose encore régnante (L. 5 § 4, *De præscr. verb.*, XIX, 5) (1). Et Modestin, le dernier des grands jurisconsultes classiques, la professe dans les termes les plus généraux et les plus affirmatifs (*Coll. leg. mos.*, tit. X, cap. II § 3). Cependant, dès l'époque de ces jurisconsultes il y avait une tendance à exiger du mandataire tous les soins d'un bon père de famille. C'est la règle deux fois posée par Ulpien (L. 1 § 12, *Dep.*, XVI, 3. — L. 23, *De reg. jur.*, L, 17) (2), et c'est celle aussi que des rescrits de Dioclétien (LL. 11, 13 et 21, C., *Mand.*) finirent par mettre hors de discussion. Quant au motif de cette sévérité nouvelle, je le trouve dans cette

(1) Le mandat peut, grâce à un pacte adjoint, produire des effets qui dépassent sa portée naturelle ; telle est l'idée que Paul développe, et comme exemple il cite le pacte par lequel le mandataire se soumet à la *custodia*, c'est-à-dire se rend responsable de toutes les fautes qu'un bon père de famille ne commettrait pas. La conclusion évidente est que régulièrement de telles fautes ne lui sont pas imputées. Mais alors quelle est, d'après Paul, sa responsabilité normale ? De deux choses l'une : ou elle porte sur la faute appréciée *in concreto*, ou elle se restreint au dol et à la *culpa lata*, et c'est certainement cette seconde opinion qu'il faut attribuer à Paul comme étant seule justifiée par d'autres textes.

(2) Ici donc, comme sur la responsabilité du tuteur (n° 150 *in fine*), ou Ulpien n'est pas tout à fait d'accord avec lui-même, ou peut-être doit-on dire qu'il tempère le principe général par certaines exceptions.

double idée que qui confie ses affaires à un mandataire est réputé compter sur lui comme sur un autre soi-même, et que qui accepte cette confiance s'engage à la mériter tout entière (1).

635. *Passons aux obligations du mandant. Je les ramène également* à trois :

1° Il doit indemniser le mandataire de toutes ses dépenses légitimes. Ces dépenses sont d'abord, et sans aucun doute, toutes celles qui ont été faites conformément à la lettre du mandat, et cela sans qu'il y ait à examiner s'il n'était pas possible de les réduire ou si le bénéfice qu'elles ont donné subsiste encore. Par exemple, quand vous m'avez chargé d'acheter tel esclave pour cent sesterces et que l'achat m'a réellement coûté cette somme, vous me la rembourserez tout entière sans pouvoir alléguer ni que l'esclave a été payé trop cher ni qu'il a cessé de valoir ce qu'il m'a coûté (L. 12 § 9 ; L. 27 § 4, *Mand.*); et de même les sommes que j'ai empruntées comme mandataire et perdues sans ma faute me sont dues (L. 17 pr., *De in rem vers.*, XV, 3). On regarde aussi comme dépenses légitimes toutes celles qui, quoique faites en dehors de la lettre du mandat, sont conformes à la pensée et au but du mandant et ont tourné à son profit. Ainsi vous avez promis cent pour le cas où vous ne donneriez pas Stichus, et vous m'avez chargé de vous cautionner. Quoique rigoureusement je n'aie mandat que de cautionner et de payer cent, si j'achète l'esclave Stichus à bas prix et que je le donne au créancier, vous me devrez mes déboursés, parce qu'en faisant défaillir la condition qui suspendait votre obligation j'ai agi selon vos intentions et vous ai rendu un véritable service (L. 46, *Mand.*) (2).

2° Le mandant doit prendre à sa propre charge toutes les obligations

(1) Cicéron, constatant que dès une époque ancienne la négligence du mandataire avait été réprouvée et flétrie par les mœurs romaines, s'exprime ainsi : *Quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in his operæ nostræ vicaria fides amicorum supponitur* (*Pro Rosc. Amer.*, 38).

(2) Il est possible qu'indépendamment de ses déboursés et obligations le mandataire ait éprouvé des pertes personnelles qui se rattachent de la manière la plus directe à l'exécution de son mandat. Par exemple, chargé d'acheter des marchandises et voyageant dans ce but, il a été dépouillé par des brigands ou a fait naufrage. En pareil cas un associé partagerait la perte avec ses associés (L. 52 § 4, *Pr. soc.*). Le mandataire, au contraire, la supporte sans recours (L. 26 § 6, *Mand.*). Cette sévérité peut s'expliquer par l'indulgence dont on usa longtemps pour lui à un autre point de vue : il n'est tenu que de son dol, donc il doit supporter les cas de force majeure qui l'atteignent directement ; tel fut sans doute le raisonnement que l'on fit. Mais le jour où on rendit le mandataire responsable de toute espèce de faute, cette rigueur excessive aurait dû disparaître.

régulièrement contractées par le mandataire, c'est-à-dire ou les exécuter lui-même ou lui procurer d'une manière quelconque sa libération. Mais comment réussira-t-il à le libérer sans payer? La novation nous offre à cet effet le procédé le plus simple et le plus efficace; le mandant peut aussi faire un acte de constitut avec le créancier, à la condition que ce dernier consente en même temps un pacte *de non petendo* au mandataire. Mais ces deux procédés et tous ceux qu'on pourrait concevoir supposent le concours de la volonté du créancier, et cette volonté peut faire défaut. En pareil cas, le mandant devra s'engager par stipulation à défendre son mandataire contre toutes poursuites (L. 45 pr., §§ 2 à 5) (1).

3° Enfin, et conformément aux principes généraux, le mandant répond non seulement de son dol, mais de sa faute appréciée par comparaison à la conduite du père de famille le plus diligent (L. 61 § 5, *De furt.*, XLVII, 2) (2).

IV. — DE L'EFFET DES ACTES DU MANDATAIRE A L'ÉGARD DES TIERS.

636. C'est un des plus anciens principes du droit Romain, et ce fut longtemps un des plus absolus, que jamais un acte juridique ne peut être réputé l'œuvre de personnes qui n'y ont pas figuré, ni par con-

(1) En règle générale, ces deux premières obligations sont exigibles même avant la pleine exécution du mandat. Mais il faut pour cela que les actes d'exécution déjà faits contiennent dès à présent la certitude d'une perte pour le mandataire et d'un profit pour le mandant. Ainsi celui qui s'est chargé de me défendre en justice ne recourra qu'après le jugement et non point dès la *litis contestatio* (L. 45 § 1, *Mand.*). Ainsi encore le fidéjusseur ne recourt qu'après avoir libéré le débiteur principal (n° 571). Du reste l'action du mandataire est fondée, lorsqu'il se trouve sans sa faute dans l'impossibilité d'achever l'exécution (L. 56 § 4, *Mand.*).

(2) Ce texte appartient à Africain. Voici l'espèce et la décision qu'on y trouve : Vous m'avez donné mandat d'acheter un esclave déterminé. Je l'achète, il m'est livré, puis il vole un objet qui m'appartient. Vous êtes tenu, dit le jurisconsulte, de m'indemniser de tout le préjudice que ce vol me cause, car vous n'avez pas pu, sans commettre une faute, ignorer quel était l'esclave que vous me chargiez d'acheter. Nératius et Paul (L. 26 § 7, *Mand.*) n'acceptent cette décision que pour le cas où le mandant est coupable de dol, c'est-à-dire a su que l'esclave qu'il voulait acquérir était voleur. S'il l'a ignoré, ces jurisconsultes pensent qu'il se libère en faisant l'abandon noxal. L'opinion d'Africain me paraît meilleure; mais si l'on s'attachait à certaines expressions de ce jurisconsulte (*non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset*), on pourrait aller jusqu'à croire qu'il autorisait le mandataire à se faire indemniser de toute espèce de dommage résultant de l'exécution du mandat, sans distinguer si le mandant avait ou non quelque faute à se reprocher.

séquent produire des effets à leur égard. En d'autres termes, les Romains n'admettent pas la représentation dans le sens moderne du mot (nº 518). Que ce principe s'applique en notre matière comme nous avons vu qu'il s'applique dans la tutelle (nº 145), cela ne fait l'objet d'aucun doute (1). Et c'est pourquoi j'ai dû montrer (nºs 634 et 635) comment le mandataire s'y prend pour transporter ses acquisitions et ses dettes sur la tête du mandant, car toujours il contracte en son propre nom, et c'est lui-même qui devient créancier ou débiteur (2). Cette théorie avait ici les mêmes inconvénients qu'en matière de tutelle (nº 145). Aussi, de même que là elle finit par être tempérée à l'aide d'actions utiles données au pupille ou contre le pupille devenu pubère, de même elle fut dans la matière du mandat l'objet d'une réaction et même d'une réaction plus profonde et plus complète. Car, quand on eut admis, comme je vais le faire voir tout à l'heure, que le mandant pourrait être poursuivi ou poursuivre en vertu des actes du mandataire, ce ne fut pas au bout d'un certain temps qu'il le put, ce fut immédiatement. C'est en ce qui concerne l'acquisition des droits réels que cette réaction s'opéra d'abord. On sait déjà que, grâce à la règle *per extraneum possessio acquiri potest*, le mandant devient propriétaire par le fait du mandataire, et qu'à l'inverse, la tradition étant régulièrement faite par quiconque agit *voluntate domini*, le mandataire peut transférer la propriété des biens du mandant (nºs 293 et 300). A l'égard des obligations, le principe resta plus longtemps intact, et cela sans doute à cause de la nature toute personnelle du lien qu'elles créent (nº 489). Pour faire comprendre la marche du progrès accompli et les influences qui le déterminèrent, il faut que dès à présent je donne une idée des actions dites *exercitoria* et *institoria* (3).

(1) C'est ce que démontrerait au besoin une décision de Marcellus que j'ai déjà rapportée (t. I, p. 541, note 1).

(2) Aussi ne doit-on pas le confondre avec le proxénète, espèce de courtier qui ne contracte pas lui-même, mais qui met en rapport deux ou plusieurs personnes pour les faire contracter ensemble (L. 2, *De prox.*, L, 14). Les proxénètes avaient l'habitude d'exiger un salaire pour le recouvrement duquel on leur accordait une poursuite *extra ordinem* (L. 3, *De prox.*). Une de leurs industries consistait à se faire agents de mariage. Pour ce cas la législation du Bas-Empire leur permet de convenir que le vingtième de la dot et de la donation *propter nuptias* leur sera attribué, pourvu que ce vingtième n'excède pas dix livres d'or (L. 6, C., *De spons.*, V, 1).

(3) Dans les Institutes de Justinien, la haute importance de ces deux actions disparaît par la place même qui leur est assignée : on ne les nomme qu'à propos des contrats faits par les personnes *alieni juris* (§ 2, *Quod cum eo qui, etc.*, IV, 7).

On appelle *exercitor* celui qui retire directement tous les profits d'une exploitation commerciale ou industrielle, soit que le fonds exploité lui appartienne ou non (L. 1 § 15, *De exerc. act.*, XIV, 1. — Inst., § 3, *De obl. quæ quasi ex del.*, IV, 5). Cette exploitation peut être dirigée par l'*exercitor* lui-même ou par un préposé qui prend en général le nom d'*institor;* mais dans le cas particulier où la chose exploitée est un navire ou une embarcation quelconque, il s'appelle *magister navis* (L. 1 §§ 1 et 6, *De exerc. act.* — L. 3, *De inst. act.*, XIV, 3). Nos deux actions supposent précisément que c'est un préposé qui est chargé de l'exploitation. Elles supposent de plus que pour remplir sa mission il s'est obligé envers des tiers. Eh bien, aux termes de l'édit prétorien, ces obligations réfléchissent contre le préposant lui-même : elles le soumettent à l'action *exercitoria*, quand c'est un *magister navis* qui les a contractées ; à l'action *institoria*, quand c'est un *institor* (Gaius, IV, § 71). Par la création de ces deux actions, le préteur entamait largement le principe du droit civil et faisait un pas hardi vers l'idée de représentation. Quels motifs l'y poussèrent? D'abord il est assez naturel que l'*exercitor* soit obligé par le fait de celui qu'il a mis à sa place, et, pour ainsi dire, publiquement recommandé à la confiance de tous. D'autre part et surtout, les tiers qui traitent avec le préposé ne le choisissent pas, ne le connaissent pas; vérifier sa condition et sa capacité, s'enquérir de sa solvabilité, obtenir de lui des garanties, tout cela leur est difficile ou impossible ; en fait cependant, ils se trouvent dans l'alternative ou de contracter avec lui ou de renoncer à une affaire utile, urgente peut-être. N'est-ce donc pas se conformer et à leur pensée et à l'intérêt général du commerce que de les considérer comme suivant la foi du préposant tout autant que celle du préposé (L. 1 pr., *De exerc. act.*) (1)?

L'innovation prétorienne n'empêche pas que le *magister navis* et l'*institor* ne restent tenus dans les cas où ils peuvent l'être. Comme le dit Paul, nos deux actions ne se substituent pas à celles du droit commun, elles s'y ajoutent (L. 5 § 1, *De exerc. act.*). Voyons donc quelle utilité elles ont pour le créancier, ou, ce qui est même chose,

(1) Ces motifs, le texte cité en contient la remarque, s'appliquent surtout avec force aux contrats faits par le *magister navis*. Aussi croirais-je volontiers l'action *exercitoria* un peu plus ancienne que l'action *institoria*. Si en effet celle-ci eût été créée la première, elle eût forcément embrassé tous les cas qui appartiennent à l'action *exercitoria*, et alors pourquoi n'aurait-elle pas suffi? En ce sens on peut encore se prévaloir de cette observation faite par Ulpien : *ad summam rempublicam exercitio navium pertinet* (L. 1 § 20, *De exerc. act.*).

quelles ressources le droit civil lui offre contre le préposé. Il y a deux cas à distinguer : 1° le préposé est une personne *alieni juris*. Qu'il soit soumis à la puissance de l'*exercitor* lui-même ou à celle d'un tiers, peu importe : car ce sera toujours ou un esclave, c'est-à-dire quelqu'un qui ne peut pas s'obliger, ou un fils de famille, c'est-à-dire quelqu'un qui n'a pas de patrimoine. Donc, d'après le droit civil, le créancier est sans action ou n'a qu'une action à peu près illusoire (1). L'innovation prétorienne était donc absolument nécessaire dans ce premier cas; 2° le préposé est une personne *sui juris*. Ici, en principe, il est tenu d'une action, et cette action n'est pas d'avance condamnée à demeurer sans résultat. Dans ce second cas, la législation prétorienne est plutôt utile que nécessaire : elle soustrait le créancier au danger de l'insolvabilité et même de l'incapacité du préposé; car, au lieu, d'un seul débiteur, il en a deux entre lesquels il choisit (L. 1 §§ 17 et 24, *De exerc. act.*).

637. Revenant au mandat, je constate deux choses : c'est d'abord qu'étant donné un préposé *extraneus*, quel que soit le contrat qui le lie envers le préposant, que ce soit un mandat, une *locatio operis* ou un contrat innommé (L. 1 § 18, *De exerc. act.*), son rôle et ses pouvoirs sont toujours ceux d'un mandataire; c'est, en second lieu, que les raisons qui justifient les actions *exercitoria* et *institoria* se retrouvent avec plus ou moins de force chaque fois qu'un mandataire s'oblige dans l'exécution de son mandat. Frappé de ces observations et généralisant l'idée qui avait inspiré le préteur, Papinien, le premier ou l'un des premiers, permit aux tiers devenus créanciers du mandataire d'exercer contre le mandant une action utile *ad exemplum institoriæ actionis* (2). Lui-même a consigné cette doctrine dans des textes qui nous sont parvenus (L. 31 pr., *De neg. gest.*, III, 5. — L. 19 pr., *De inst. act.*) ; et Ulpien, qui deux fois au moins la rapporte et l'approuve, lui en fait honneur (L. 10 § 5, *Mand.* — L. 13 § 25, *De act. empt.*, XIX, 1). Mais Papinien s'arrêtait là, et tandis qu'en règle générale il n'admettait point le mandant à exercer, sans une cession expresse, les actions acquises par le mandataire contre des tiers (L. 49 § 2, *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2), Ulpien, mû par une idée de réciprocité, lui

(1) Je fais abstraction des actions que le droit prétorien lui-même pourrait lui fournir contre le père ou le maître du préposé.

(2) Pourquoi pas *ad exemplum exercitoriæ actionis?* Sans doute parce que l'action *exercitoria* est spéciale à un cas déterminé, tandis que l'action *institoria* a un caractère de généralité.

donne sans hésiter des actions utiles (L. 13 § 25, *De act empt.*) (1). Rien de plus facile à expliquer que la réserve de l'un et la hardiesse de l'autre. Papinien se contente de généraliser la pensée du préteur; or le préteur, considérant sans doute que l'*exercitor* peut toujours s'assurer de la capacité et de la fidélité de son préposé, n'avait pas cru devoir l'autoriser à agir contre les tiers qui s'obligeaient envers le *magister navis* ou l'*institor* (L. 1, *De inst. act.*). Ulpien, au contraire, fait intervenir cette idée que le mandataire est tenu de céder ses actions au mandant, et en conséquence il tient la cession pour sous-entendue. Sa doctrine fut-elle acceptée par la pratique? Cela est d'autant plus probable, que dès la fin de l'époque classique une cession d'actions était toujours ou presque toujours réputée faite par cela seul qu'elle était due (n° 641) (2). Ce qui est certain, c'est qu'inséré au Digeste, le texte d'Ulpien doit être considéré comme exprimant le droit de Justinien (3). En résumé, dans le dernier état des choses le mandant devient créancier et débiteur par le fait du mandataire. Que reste-t-il donc de la théorie ancienne? ceci seulement : les tiers peuvent encore poursuivre le mandataire par préférence au mandant, et lui-même peut user de ses actions contre eux tant que le mandant ne l'a pas prévenu. La théorie définitive des Romains n'est donc pas encore la véritable théorie de la représentation, puisque la personne du représentant n'est pas mise hors de cause.

(1) Un autre texte a fait dire à plusieurs interprètes que déjà ces actions utiles étaient autorisées par Papinien (L. 68, *De proc.*, III, 3). Mais ce texte ne doit s'entendre que de la *procuratio ad litem*. Là, en effet, des règles spéciales furent admises d'assez bonne heure.

(2) Paul (L. 5, *De stip. præt.*) enseigne que, lorsqu'une stipulation prétorienne a été faite par un mandataire, l'action peut être donnée *cognita causa* au mandant lui-même. Mais cela ne prouve pas que le point de vue personnel de ce jurisconsulte se rapprochât de celui d'Ulpien. En effet, les stipulations prétoriennes ressemblent à des actions (L. 37 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7); par conséquent, la décision de Paul peut n'être qu'une extension de la doctrine dès lors certaine d'après laquelle l'action *judicati* acquise par le *procurator ad litem* pouvait, *cognita causa*, être donnée au mandant (*Fr. Vat.*, § 331).

(3) Comme conséquence de la doctrine d'Ulpien, on aurait dû dans tous les cas permettre au préposant d'exercer les actions nées en la personne de l'*institor* qui n'était pas sous sa puissance, car cet *institor*, comme je l'ai déjà dit, ressemble toujours à un mandataire. Telle avait été en effet l'opinion de Marcellus, et Ulpien, qui la rapporte, ne la critique pas (L. 1, *De inst. act.*). Mais Gaius et Paul restreignent cette faveur au cas où l'*institor* est insolvable (L. 2, *De inst. act.* — L. 5, *De stip. præt.*, XLVI, 5), et puisque leurs décisions sont reproduites au Digeste, c'est que Justinien maintient cette restriction.

V. — COMMENT FINIT LE MANDAT.

Lib. III, tit. XXVI, *De mandato*, § 9. — Recte quoque mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit (Gaius, III, § 159).

Le mandat, quoique valablement contracté, s'évanouit lorsqu'il est révoqué avant toute exécution.

§ 10. — Item si, adhuc integro mandato, mors alterutrius interveniat, id est, vel ejus qui mandaverit, vel illius qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, si eo mortuo qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse exsecutus fueris mandatum, posse te agere mandati actione : alioquin justa ac probabilis ignorantia tibi damnum afferat. Et huic simile est quod placuit, si debitores, manumisso dispensatore Titii, per ignorantiam liberto solverint, liberari eos ; quum alioquin, stricta juris ratione, non possint liberari, quia alii solvissent quam cu solvere debuerint (Gaius, III, § 160).

Pareillement, lorsque, les choses étant encore entières, l'une des parties, soit le mandant, soit le mandataire, vient à mourir, le mandat se dissout. Mais par une raison d'utilité on admet que si le mandant est mort, les actes d'exécution que vous avez pu faire dans l'ignorance de son décès vous autorisent à recourir par l'action de mandat : autrement une erreur légitime et plausible se résoudrait en un dommage pour vous. Semblablement, on a décidé que, Titius venant à affranchir son intendant, les débiteurs qui, dans l'ignorance de ce fait, payent entre les mains de l'affranchi, se libèrent, quoique dans la rigueur du droit ils dussent rester tenus, comme ayant fait le payement entre les mains d'une personne qui n'avait pas qualité pour le recevoir.

§ 11. — Mandatum non suscipere cuilibet liberum est : susceptum autem consummandum est, aut quam primum renuntiandum, ut per semetipsum aut per alium eamdem rem mandator exsequatur; nam, nisi ita renuntiatur, ut integra causa mandatori reservetur eamdem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet, nisi

On est toujours libre de ne pas accepter un mandat ; mais quand on l'a accepté, on doit l'exécuter ou tout au moins se hâter de signifier au mandant qu'il fasse lui-même son affaire ou la fasse faire par un autre. En effet, si la signification lui est adressée trop tard pour qu'il puisse exécuter le fait, elle ne l'empêche pas d'avoir l'action de

justa causa intercessit aut non renuntiandi aut intempestive renuntiandi.

mandat, à moins que le mandataire n'ait eu une juste cause ou pour ne point faire la signification ou pour la faire à contre-temps.

638. D'après le droit commun lui-même, le mandat cesse par l'exécution du fait prévu, par l'impossibilité de l'exécuter, et par l'arrivée du terme. Mais il a de plus ses causes d'extinction spéciales. Et d'abord, comme la confiance et le dévouement ne se commandent pas, le mandant peut toujours révoquer les pouvoirs de son mandataire, et réciproquement celui-ci peut toujours lui signifier qu'il y renonce (§§ 9 et 11 *sup.*). De même, comme nos sentiments personnels ne passent pas toujours à nos héritiers, le mandat cesse tant par la mort du mandataire que par celle du mandant (§ 10 *sup.*). Voilà donc quatre causes d'extinction qui toutes se rattachent à l'*intuitus personœ* que ce contrat suppose (1). Quelques observations vont en préciser la portée :

1° Pris à la lettre, les textes des Institutes (§§ 9 et 10 *sup.*) et les textes correspondants de Gaius conduiraient à croire que l'extinction du mandat par la mort de l'une des parties ou par la révocation suppose les choses encore entières, en d'autres termes ne s'opère qu'autant que le contrat n'a reçu aucun commencement d'exécution. Mais ce serait là une idée tout à fait fausse, et ces textes signifient simplement que si les choses sont encore entières, le mandat s'évanouit sans laisser aucune trace de lui-même, tandis que s'il y a eu des actes d'exécution les obligations qui en ont été la conséquence ne disparaissent pas. En effet, Paul, se référant particulièrement à la mort du mandant, dit qu'elle éteint bien le mandat mais non pas l'action *mandati* ; et d'une manière plus générale, il reconnaît aux obligations nées de ce contrat la même perpétuité qu'à toutes autres (L. 58 pr. ; L. 59 § 5, *Mand.*).

2° Selon la rigueur du droit, les actes que le mandataire a faits postérieurement à la mort du mandant ou à la révocation resteraient toujours à sa charge, ou tout au moins ne l'autoriseraient à recourir que par l'action *negotiorum gestorum* et non par l'action *mandati*. Mais il ne faut pas que l'application du principe dégénère en un piège pour la

(1) Dans l'ancien droit il s'éteignait aussi par la *capitis deminutio*. C'est ce que prouve la doctrine admise à l'égard de l'*adstipulator* et discutée à propos de l'*adjectus solutionis gratia* (nos 182, 546, 558).

bonne foi du mandataire qui a cru accomplir un devoir. Aussi décide-t-on que tant qu'il ignore la mort du mandant ou la révocation, il est réputé agir comme mandataire, en d'autres termes les héritiers du mandant ou le mandant lui-même sont tenus de prendre l'acte pour leur compte et de l'indemniser (§ 10 *sup.* — L. 15; L. 26 pr.; L. 58 pr., *Mand.* — L. 19 § 3, *De donat.*, XXXIX, 5) (1). Bien entendu, cet adoucissement à la règle ne saurait s'appliquer ni lorsque le mandataire renonce, ni lorsqu'il meurt. Car s'il renonce, il est nécessairement de mauvaise foi; et s'il meurt, ses héritiers ne peuvent pas se croire les continuateurs de ses pouvoirs sans commettre une grossière erreur de droit (2).

3° Continuons de nous placer dans l'hypothèse d'un mandat qui a cessé par la mort du mandant ou par la révocation. Il est possible que, le mandataire se sachant dessaisi, les tiers qui avaient eu connaissance de ses pouvoirs en ignorent encore la cessation. Ne devrons-nous pas alors, en considération de leur bonne foi, maintenir les actes qu'ils ont pu faire avec lui? Les textes ne résolvent pas la question d'une manière générale. Mais Julien (L. 34 § 3, *De sol.*, XLVI, 3) tient pour libératoires les payements que des débiteurs de bonne foi ont faits à un *procurator omnium bonorum* déjà révoqué, et il en rend pour raison qu'eux-mêmes peuvent être considérés comme ayant mandat tacite de payer entre ses mains. Ulpien et Africain reproduisent la même décision sans distinguer s'il s'agit d'un mandataire général ou particulier (L. 12 § 2; L. 38 § 1) (3). Maintenant, faut-il

(1) Pareillement, lorsqu'un associé est mort, les actes qu'un autre associé fait dans l'ignorance de son décès peuvent être opposés soit aux associés survivants, soit aux héritiers du décédé (L. 95 § 10, *Pro soc.*).

(2) Cependant, à l'égard des héritiers du mandataire, on se pose la question suivante : lorsque le mandat a déjà reçu un commencement d'exécution, ne peuvent-ils pas et même ne doivent-ils pas faire les actes urgents, c'est-à-dire ceux dont l'omission compromettrait le bénéfice de l'exécution commencée? En faveur de l'affirmative, on argumente de ce qui est dit pour les héritiers de l'associé et du tuteur (L. 40, *Pro soc.*, XVII, 2. — L. 1 pr., *De fid. et nom. tut.*, XXVII, 7).

(3) Les Institutes (§ 10 *sup.*) font ici un rapprochement très exact. Supposez que j'aie un *servus dispensator*, c'est-à-dire un esclave préposé à la gestion d'un capital, et chargé en conséquence de faire des placements et de recevoir des payements. Sans doute cet esclave n'est pas un mandataire véritable, car il n'y a pas de contrat possible entre un maître et son esclave. Mais ses pouvoirs sont exactement les mêmes que ceux d'un mandataire. Si donc je le révoque de ses fonctions, si je l'affranchis ou si je l'aliène, les payements que lui feraient ultérieurement des débiteurs de bonne foi seraient valables (L. 41, *De reb. cred.*, XII, 1. — L. 11, *Dep.*, XVI, 3. — LL. 18 et 51, *De sol.*). Au surplus, toutes les fois que le mandataire

restreindre cette doctrine indulgente au cas d'un payement, ou faut-il l'étendre à toute espèce d'actes faits en conformité du mandat? En l'absence de textes, je pencherais pour ce second parti. Au surplus, et quoi que l'on décide, il est évident que les tiers qui traitent de bonne foi avec un mandataire dessaisi par sa propre renonciation ont droit à la même protection que ceux qui traitent dans l'ignorance de la mort du mandant ou de la révocation.

4° Quoique le mandataire soit toujours libre de signifier au mandant qu'il ne veut plus exécuter le mandat, cette signification l'oblige à payer des dommages-intérêts lorsqu'elle est intempestive, c'est-à-dire lorsqu'elle arrive trop tard pour que le mandant puisse encore agir par lui-même ou par une autre personne. Cette décision ne fléchit qu'autant que la dénonciation du mandataire est déterminée par de justes motifs, tels que la survenance d'une maladie ou la nouvelle de l'insolvabilité du mandant (§ 11 *sup.* — L. 22 § 11 ; LL. 23 à 25, *Mand.*).

VI. — Du *mandatum pecuniæ credendæ*.

639. Précédemment j'ai signalé le *mandatum pecuniæ credendæ* parmi les actes qui ont pour fonction ordinaire de réaliser une *intercessio* (n° 574). Son application la plus usuelle se présente lorsque, comme le supposent les Institutes (§§ 5 et 6, *De mand.*), je vous charge de prêter à Titius une somme d'argent dont je vous garantis le remboursement. Mais ce serait s'en faire une idée étroite et incomplète que de le restreindre à cette seule hypothèse. Que par exemple je vous mande d'acheter un fonds pour Titius, de vous engager pour lui à titre de fidéjusseur (Inst., § 3, *De mand.*) ou de déposer entre ses mains un certain objet (L. 1 § 14, *Dep.*, XVI, 3), dans toutes ces espèces nous trouvons un *mandatum pecuniæ credendæ*. Et pour généraliser, je dirai que ce mandat se rencontre chaque fois que, sur mon ordre et à mes risques et périls, vous consentez à devenir créancier d'une personne déterminée (1). Cette définition large cadre tout à

ou l'esclave ne reçoivent le payement qu'en commettant un *furtum*, la dette s'éteint seulement *per exceptionem* (L. 38 § 1, *De sol.*). Mais quels sont ces cas? Sur ce point les jurisconsultes n'étaient pas d'accord (p. 607, note 2, t. II).

(1) Si je ne détermine pas la personne avec qui vous devez contracter, il y a simple conseil, et non pas mandat et les risques de l'opération ne m'incombent pas (L. 48 § 2, *Mand.*).

fait avec le sens étendu qu'on donne à l'expression *credita pecunia* (t. II, p. 352, note 3) et elle est pleinement justifiée par un texte où Julien nous dit que toute obligation qui peut être garantie par un fidéjusseur peut aussi être contractée en vertu d'un mandat (L. 32, *Mand.*). (1).

Le *mandatum pecuniæ credendæ* une fois exécuté, deux personnes sont obligées envers le mandataire, savoir, le tiers avec lequel il a contracté en exécution du mandat et le *mandator* lui-même. Le premier est débiteur principal, le second débiteur accessoire. Visiblement donc le *mandatum pecuniæ credendæ* tend au même but que la fidéjussion et rend dans la pratique des services du même genre (2). Pourquoi donc la jurisprudence hésita-t-elle à en admettre la validité? Car Gaius (III, § 156) et Justinien (§ 6 *sup.*) nous apprennent qu'il y eut des discussions à cet égard (3). Sans doute ses adversaires alléguaient qu'il n'intéresse que le mandataire, et cela est particulièrement vrai quand il a pour objet de prêter à intérêt (L. 71 § 2, *De fid.*, XLVI, 1). Mais ses partisans, et au premier rang figurait Sabinus, devaient répondre d'abord qu'il intéresse bien aussi le débiteur auquel il procure du crédit, et surtout que le créancier n'aurait pas consenti à traiter sans la garantie du mandant (4). Au surplus le triomphe du *mandatum pecuniæ credendæ* dut être favorisé par une

(1) Au *mandatum pecuniæ credendæ* l'on opposera le mandat de s'obliger. L'un contient une *intercessio*, l'autre n'en contient pas. Cette différence est bien mise en relief par Africain dans l'espèce suivante : vous faites adition d'hérédité *mandatu mulieris*. Si la femme a simplement voulu, comme cela se présume, vous garantir que vous ne perdrez rien, l'opération s'analyse en un mandat de vous obliger envers les créanciers héréditaires, et il n'y a pas d'*intercessio*. Si au contraire elle a voulu vous garantir le recouvrement des créances héréditaires, c'est un *mandatum pecuniæ credendæ* qu'elle vous a donné, et votre recours contre elle sera paralysé par l'exception du sénatusconsulte Velléien (L. 19 pr., §§ 2 et 4, *Ad .s.c.t. Vell.*, XVI, 1). Du reste les deux mandats sont quelquefois contenus dans un seul, par exemple dans celui qui a pour objet de vous porter fidéjusseur ; car ce mandat exécuté vous oblige envers le créancier et oblige le débiteur envers vous.

(2) Voilà pourquoi, tant au Code qu'au Digeste, les deux matières sont réunies en un même titre sous la rubrique *De fidejussoribus et mandatoribus* (Dig., XLVI, 1. — Cod., VIII, 41). On remarquera à ce propos que le mot *mandator* ne s'emploie guère en dehors du mandat qui nous occupe ici (voy. pourtant Inst., § 11, *De mand.*, et L. 135 § 2, *De verb. obl.*)

(3) Ces discussions, si nous en croyons le texte de Gaius tel qu'il a été lu par Studemund, remontent à une époque fort ancienne, car Servius Sulpicius aurait été de ceux qui réprouvaient ce genre de mandat.

(4) Du reste, comme certainement il n'intéresse pas le mandant, il ne devient obligatoire que par l'exécution.

considération d'un intérêt plus général : c'est qu'il fournissait un mloyen d'échapper à la rigueur et à la subtilité de certaines règles de la fidéjussion, et que donnant au créancier une sûreté tout aussi forte et peut-être plus complète, il ne compromettait pas au même degré es intérêts du débiteur accessoire. C'est ce qui va ressortir d'une rapide et sommaire comparaison de ces deux formes de cautionnement. Je résume comme il suit les différences fondamentales qui les séparent :

1° Tandis que la fidéjussion se forme *verbis*, le *mandatum pecuniæ credendæ* se contracte sans aucune espèce de solennités, et par cela même il est d'une application non seulement plus facile, mais plus générale, comme étant à la portée des muets, des sourds et des absents.

2° Cette différence en détermine une autre plus profonde. La fidéjussion est unilatérale et de droit strict, le *mandatum pecuniæ credendæ* est synallagmatique et de bonne foi. Ces deux caractères combinés aboutissent à trois conséquences : 1° le *mandator* qui paye a le droit d'exiger la cession des actions qui appartiennent à son mandataire (L. 13, *De fid.*, XLVI, 1). Les fidéjusseurs sans doute ont un droit semblable ; mais on a vu (n° 564) qu'à leur égard il résulte d'une réaction contre les principes au lieu d'en être l'application régulière ; 2° le *mandator*, mieux traité en cela que le fidéjusseur, n'est pas tenu de se contenter des actions qui restent au mandataire ; celui-ci lui doit compte de toutes celles qu'il a perdues par sa volonté ou par sa faute (L. 95 § 11, *De sol.*, XLVI, 3) (1) ; 3° lorsqu'il y a plusieurs *mandatores pecuniæ credendæ*, ils peuvent, quoique tenus chacun pour le tout (L. 59 § 3, *Mand.* — L. 5 § 1, *Quod juss.*, XV, 4), demander la division entre tous ceux qui sont solvables (2). Nous avons vu, il est vrai, que ce même bénéfice fut donné aux fidéjusseurs par l'empereur Adrien (n° 566) ; mais à l'égard du *mandator*, il n'y eut aucune décision législative en ce sens. Est-ce à dire que le droit à la division leur ait été reconnu dès l'origine ? La nature du contrat par lequel ils s'obligent le ferait volontiers croire ; mais

(1) On rapprochera de notre hypothèse celle du pupille qui a plusieurs tuteurs (L. 45, *De adm. et per. tut.*, XXVI, 7).

(2) La solvabilité des *mandatores* s'apprécie-t-elle au jour de la *litis contestatio* ou au jour du jugement ? En faveur de la première opinion, je citerai un texte où Justinien prétend que, comme les fidéjusseurs, c'est à Adrien qu'ils doivent le bénéfice de division (L. 3, C., *De const. pec.*, IV, 18). En cela, il se trompe certainement ; mais son affirmation prouve bien que, pour les uns comme pour les autres, ce bénéfice était soumis aux mêmes règles.

un texte de Papinien rend vraisemblable qu'ils ne l'obtinrent qu'après le rescrit d'Adrien, et parce que l'équité ne permettait pas de leur refuser une faveur accordée au fidéjusseur (L. 7, *De fid. et nom. tut.*, XXVII, 7) (1). La jurisprudence romaine n'eût été que logique en ne s'arrêtant pas à ces trois déductions et en admettant de plus que le *mandator pecuniæ credendæ* poursuivi le premier pourrait exiger la discussion du débiteur principal. Mais elle ne le fit point (L. 56 pr., *Mand.*) ; elle recula sans doute devant la gêne qu'elle eût ainsi imposée au créancier, et à cet égard le *mandator*, comme le fidéjusseur, resta sans protection jusqu'à Justinien (Nov. 4, cap. 1).

3° L'obligation du *mandator* n'a pas, comme la fidéjussion, même objet que l'obligation principale. En effet, tandis que cette dernière porte sur une somme prêtée, sur un prix de vente ou sur toute autre chose, le *mandator*, lui, ne s'oblige qu'à indemniser le mandataire du préjudice résultant de l'exécution du mandat. A cette donnée générale se rattachent deux décisions importantes : 1° la poursuite dirigée contre l'un des deux obligés n'éteint pas l'obligation de l'autre (LL. 13 et 71 pr., *De fid.*). D'où il suit que non seulement le créancier conserve ses droits intacts à l'égard de ce dernier, mais que le *mandator*, déjà poursuivi et même condamné, peut encore lui demander la cession de ses actions tant contre le débiteur principal que contre les autres *mandatores* (L. 60 pr., *Mand.* — L. 41 § 1, *De fid.*) ; 2° le *mandator* qui paye soit volontairement, soit après condamnation, ne libère que lui-même. Sans doute, l'action que le créancier conserve alors contre le débiteur principal se trouve paralysée entre ses mains par une exception ; mais il peut encore et il doit la céder au *mandator* qui, lui, l'exercera avec succès (L. 28, *Mand.* — L. 95 § 10, *De sol.*).

4° Tandis que le fidéjusseur se contente d'accéder à une obligation dont il n'a pas pris l'initiative, c'est en général le *mandator pecuniæ*

(1) Je n'insiste ici que sur les obligations dont le mandataire est tenu dans le silence même du contrat. Mais ce ne sont pas les seules. Il est d'abord évident que si le crédit qu'il fait au débiteur principal excède la mesure déterminée par le *mandator*, son recours contre ce dernier restera néanmoins limité à cette mesure. Mais la bonne foi ne permet pas qu'on annule le mandat comme on annulerait la fidéjussion (L. 22, C., *De fid.* — n° 563). En outre, il doit remplir toutes les conditions qui lui ont été expressément imposées. Par exemple, lui était-il prescrit d'exiger du débiteur principal une hypothèque et une fidéjussion : s'il a cru pouvoir se passer de ces sûretés, il sera sans action contre le *mandator* tout de même que s'il avait sacrifié des sûretés déjà acquises (L. 59 § 6, *Mand.* — L. 7 C., *De fid.*).

credendæ qui pousse son mandataire à devenir créancier : c'est lui qui indique le débiteur, c'est lui qui détermine la nature et les conditions du contrat à faire. Et de là plusieurs conséquences : 1° l'obligation, que la jurisprudence impose au créancier qui reçoit des fidéjusseurs, de déclarer d'avance et tout haut quel est l'objet de la dette et quel sera le nombre des fidéjusseurs, ne se conçoit pas dans les rapports du créancier et des *mandatores pecuniæ credendæ* (n° 561); 2° il est également difficile de comprendre que le *mandator* s'engage contre le gré du *reus*, et par conséquent, lorsqu'il aura payé, il recourra toujours, selon les circonstances, ou par l'action *mandati* on par l'action *negotiorum gestorum* (n° 570); 3° la règle qui permet au débiteur accessoire d'opposer les exceptions nées en la personne du débiteur principal (L. 32, *De fid.*) s'applique moins absolument au *mandator* qu'au fidéjusseur. Ainsi, eût-il ignoré la minorité du débiteur, il ne profiterait pas de *l'in integrum restitutio* obtenue par ce dernier (L. 13 pr., *De min.*, IV, 4) (1). Pareillement, lorsqu'il a garanti le prêt d'argent fait à un fils de famille et déclaré que dans l'espèce il n'y avait pas lieu à l'application du sénatusconsulte Macédonien, on lui refuse l'exception, quoiqu'il n'ait point agi *animo donandi* (L. 12 § 13, *mand.*) (2).

5° Enfin la loi Cornélia, qui limitait dans une certaine mesure le cautionnement fourni par voie de promesse verbale (n° 560), ne paraît pas avoir été étendue au *mandatum pecuniæ credendæ*.

Concluons. La supériorité du *mandatum pecuniæ credendæ* sur la fidéjussion est amplement démontrée. Pourquoi donc ne la fit-il pas disparaître? Sans recourir, pour expliquer ce résultat, à la puissance de l'habitude, qui maintient si souvent les formes vieillies et les institutions usées, on remarquera d'abord que, par une suite de l'initiative que prend le *mandator*, son engagement précède nécessairement la naissance de l'obligation principale (t. II, p. 355, note 2). Cette forme de cautionnement n'est donc pas applicable à une obligation déjà existante (3). Mais du moins la conçoit-on possible pour toute espèce d'obligation à naître? Non; car elle suppose que le man-

(1) Voy. ce qui a été dit du fidéjusseur, t. II, p. 378, note 1.

(2) Je n'oserais affirmer qu'en pareil cas l'exception ne fût pas aussi refusée au fidéjusseur.

(3) Cependant le mandat peut avoir pour objet un simple terme à accorder à celui qui est déjà débiteur, et cela suffit pour obliger le mandant (L. 12 § 14, *Mand.*). Mais ce n'est là qu'une hypothèse exceptionnelle, ce n'est pas le véritable *mandatum pecuniæ credendæ*, quoique fort probablement l'on applique ici les mêmes règles.

dataire voudra devenir créancier. Or cela exclut toutes les obligations qui pourraient naître soit du fait du seul débiteur, par exemple d'une gestion d'affaires (1), soit directement d'un certain état de choses prévu par la loi, par exemple de l'indivision. En résumé donc, le *mandatum pecuniæ credendæ*, son nom même le dit, ne s'appliquait qu'aux obligations à naître d'un *creditum*, et c'était assez pour que la fidéjussion conservât sa raison d'être (2).

VII. — De la *procuratio in rem suam* et de la cession des actions.

640. La *procuratio in rem suam*, dans le sens le plus usuel de l'expression, n'est autre chose que le mandat par lequel je charge un tiers d'intenter une action qui m'appartient, mais cela avec dispense de me rendre aucun compte. Le mandataire est donc libre de ne pas agir, et ayant agi il garde pour lui-même tout ce qu'il a touché (3). Cette espèce de *procuratio* fut nécessairement inconnue tant que vécurent les *legis actiones;* car nul alors ne plaidait au nom d'autrui, et le mandat *ad litem* n'existait absolument pas (4). Si l'on veut comprendre à quelles nécessités pratiques elle correspond et dans quel but elle fonctionne, il faut se rappeler que selon la rigueur des principes les créances sont essentiellement inaliénables (n°s 206 et 489), et que les choses corporelles elles-mêmes ne peuvent être aliénées par le propriétaire qui ne les possède pas (n° 224). Eh bien! la *procuratio in rem suam* vient ici suppléer aux modes d'aliénation directe. Je

(1) Je ne cite pas les obligations à naître d'un délit. Car toutes conventions étant interdites sur un délit futur, la fidéjussion elle-même ne vaudrait rien ici (L. 27 § 4, *De pact.* II, 14).

(2) Pour le moment je fais abstraction du pacte *de constituta pecunia*, qui, comme on le verra plus tard, enlève à la fidéjussion une grande partie de l'utilité pratique que le *mandatum pecuniæ credendæ* lui laisserait.

(3) En sens inverse, on conçoit que le mandataire chargé de défendre à une action en justice n'ait aucun compte à exiger du mandant, c'est-à-dire doive supporter sans recours la condamnation prononcée contre lui. Ce mandat s'appelle aussi *procuratio in rem suam* (L. 29, *De proc.*, III, 3). Dans ses applications les plus ordinaires, il suppose que le mandataire serait obligé d'indemniser le mandant, si celui-ci plaidait lui-même et venait à être condamné; par exemple, il est donné par un fidéjusseur au débiteur principal (L. 42 § 2, *De proc.*). Mais il peut aussi servir à réaliser une donation que le mandataire veut faire au mandant.

(4) On distingue deux sortes de mandat *ad litem*, la *cognitio* et la *procuratio* (Gaius, IV, §§ 83 et s.). Mais cette distinction n'a rien à faire en notre matière : sous le nom de *procurator in rem suam*, je comprendrai donc aussi le *cognitor in rem suam*.

veux vous mettre à ma place comme créancier, mais la nature du droit de créance s'y oppose ; je veux vous transporter la propriété de ma chose, mais je ne la possède ni par moi-même ni par un tiers : dans l'un et l'autre cas je vous confie l'exercice de mon action, et d'avance vous en abandonne les résultats. Sans doute, ce mandat ne vous transfère par lui-même ni la créance, ni la propriété ; mais vous n'avez qu'à agir, et par l'effet immédiat de la *litis contestatio* le droit déduit en justice deviendra vôtre comme s'il vous eût toujours appartenu (L. 4 § 5, *De appell.*, XLIX, 1) (1). En résumé donc, la *procuratio in rem suam* est un véritable procédé de cession, et ce procédé s'applique tant aux actions réelles qu'aux actions personnelles (2) ; mais tandis qu'à l'égard des actions réelles il est d'une utilité très secondaire, attendu que presque toujours le propriétaire possède sa chose et peut l'aliéner directement, pour les actions personnelles au contraire il est d'une importance capitale et d'un fréquent usage, car le créancier n'a pas d'autre moyen de disposer de son droit sans le consentement de son débiteur (3). Étudions donc particulièrement la cession des actions personnelles, ou, ce qui finalement revient au même, la cession des créances.

Avant tout, il faut éviter de confondre deux choses, savoir, la cause qui détermine la cession d'une créance, et l'acte par lequel cette cession s'opère. La distinction apparaîtra bien nette si l'on remonte à l'époque des *legis actiones*. Prenons un exemple : dès lors sans doute était permis de vendre une créance. Mais quels étaient les droits de l'acheteur? Il pouvait exiger que le vendeur exerçât lui-même son action et lui en transportât ensuite les résultats ; il pouvait même toucher et conserver le payement que le débiteur consentait à faire entre ses mains. Mais dépourvu d'action contre ce débiteur, il était comparable à l'acheteur d'une chose corporelle qui ne pourrait en obtenir la tra-

(1) Cependant quand il s'agit d'une action *in rem*, la *litis contestatio* ne saurait rendre le *procurator* propriétaire ; si donc la chose lui est restituée *jussu judicis*, aura besoin de l'usucaper.

(2) Les expressions usitées en cette matière sont *mandare*, *exhibere*, *præstare*, *cedere actiones*. On dit aussi *cedere actionibus*.

(3) Sans doute le créancier avait à son service le procédé de la délégation. Il pouvait dire au cessionnaire : *Stipulez de mon débiteur ce qu'il me doit*, et au débiteur : *Promettez à mon cessionnaire ce que vous me devez*. La délégation exécutée, le cédant cessait *ipso jure* d'être créancier, et le cessionnaire le devenait immédiatement (Gaius, II, § 38). Mais ce procédé, à la différence de la *procuratio in rem suam*, ne pouvait s'appliquer qu'avec le consentement du débiteur cédé (L. 1, C., *De nov.*, VIII, 42. — L. 3, C., *De her. vel act. vend.*, IV 30).

dition. C'est cette lacune que la *procuratio in rem suam* combla. Dans l'espèce, la cession a pour cause un contrat de vente ; mais elle ne se réalise qu'à l'aide de la *procuratio in rem suam*, qui joue ici, avec des effets moins pleins, un rôle tout à fait semblable à celui de la tradition. Au surplus la cession d'une créance ne dérive pas nécessairement d'une vente; on la voit aussi intervenir en exécution d'une autre convention, par exemple d'une constitution de dot ou d'une donation; quelquefois elle est faite en vertu d'un legs ; enfin il y a des cas où elle est rendue obligatoire par la loi elle-même : telle est celle qu'un *correus socius* ou un fidéjusseur exigent du créancier qu'ils payent. Mais dans tous les cas, elle ne se consomme, elle ne se réalise que par l'effet d'une *procuratio in rem suam*.

641. Attachons-nous d'abord à étudier la cession des créances en elle-même et abstraction faite de sa cause. Nous allons voir que le procédé mis au service des parties répond mal à leur but, qu'il y a ici entre le fond et la forme un antagonisme contre lequel la jurisprudence dut s'appliquer à réagir. Que se propose-t-on, en effet? de faire passer la créance d'un patrimoine dans un autre, en un mot d'aliéner. Mais la *procuratio in rem suam* reste soumise et aux règles particulières du mandat *ad litem* et aux règles qui gouvernent tout mandat. Or le mandat *ad litem* ne vaut pas entre toutes personnes capables d'aliéner et d'acquérir, et aucun mandat n'est par soi-même un acte d'aliénation. L'antagonisme que j'ai signalé se présente donc à un double point de vue :

1° Pour donner ou recevoir une *procuratio in rem suam* il ne suffit pas d'avoir la capacité d'aliéner ou d'acquérir ; il faut encore être capable de donner ou de recevoir un mandat *ad litem* (Paul, I, 2 § 3). Cette capacité spéciale faisant défaut, il n'est pas impossible de vendre ou de céder à tout autre titre le bénéfice d'une créance ; mais la convention ne comporte alors qu'une exécution très imparfaite comme sous la procédure des *legis actiones*. Par une application rigoureuse de cette règle, les femmes et les militaires qui se rendent cessionnaires d'une créance n'eussent pas pu se faire constituer *procuratores in rem suam;* mais à raison de leur intérêt personnel, on les déroba pour ce cas à la généralité du principe qui leur interdit de plaider pour autrui (Paul, I, 2 § 2. — L. 8 § 2, *De proc.*, III, 3). La même règle empêcha primitivement les personnes infâmes de donner ou de recevoir une *procuratio in rem suam;* mais ici une exception fut rendue inutile par la désuétude générale où tomba leur incapacité de plaider par autrui ou pour autrui (Inst., § 11, *De except.*, IV, 13). En

résumé, dans le dernier état du droit cette règle a perdu ses applications les plus arbitraires et ne subsiste guère que pour les cas où l'incapacité de figurer dans un mandat *ad litem* résulte de l'incapacité générale de contracter.

2° J'ai déjà fait entendre que la *procuratio in rem suam* n'a par elle-même que la valeur d'un mandat ordinaire et ne suffit pas à opérer le déplacement du droit cédé. Sans doute elle autorise le cessionnaire à recevoir et à poursuivre le payement, et d'une manière plus générale à faire avec le cédé toutes les conventions qui tendent à éteindre la créance, par exemple à lui consentir un pacte de remise ou à lui déférer le serment (L. 13 § 1, *De pact.*, II, 14. — L. 17 § 3, *De jurej.*, XII, 2). Mais, en attendant qu'il ait ainsi consommé le droit, c'est le cédant qui reste maître de la créance, c'est-à-dire que le cédé continue d'être son débiteur et ne doit rien au cessionnaire. Et de là les conséquences suivantes : 1° le débiteur cédé se libère par un payement fait entre les mains du cédant; 2° il peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il acquiert contre le cédant, notamment l'exception tirée de la compensation; 3° le cédant peut révoquer la *procuratio in rem suam*. Donc il reste libre de poursuivre le cédé, de lui faire acceptilation et de conclure avec lui une convention quelconque en vue d'éteindre la créance (L. 23 § 1, *De her. vel act. vend.*, XVIII, 4); 4° la *procuratio in rem suam* tombe tant par la mort du cessionnaire que par celle du cédant. — Ces diverses propositions ne cessent d'être vraies que du jour où une instance judiciaire s'engage entre le cessionnaire et le cédé, ou lorsqu'il intervient entre eux une convention extinctive de la créance (arg. de la loi 18 pr., *De comp.*, XVI, 2, et de la loi 23, C., *De proc.*, II, 13).

Telle fut, quant aux effets de la *procuratio in rem suam*, la théorie primitivement admise (1). Mais sur la fin de l'époque classique rien ou presque rien n'en restait. Le fond avait vaincu la forme. Le *procurator in rem suam* était devenu un véritable acquéreur de la créance. Voici probablement quelle fut la marche de cette réaction : 1° d'assez bonne heure, le cédé fut rendu responsable de son dol envers le cessionnaire, c'est-à-dire que du jour où la *procuratio* lui était connue d'une manière quelconque, il ne pouvait plus ni payer aux mains du cédant ni par une convention faite avec lui se soustraire aux pour-

(1) En matière de donations cette théorie se maintint à peu près intacte jusqu'à Justinien (t. I, p. 745, note 1).

suites du cessionnaire (L. 17, *De trans.*, II, 15) ; 2° tandis qu'en règle générale le *procurator ad litem* ne fait qu'exercer le droit du mandant, on finit par considérer le *procurator in rem suam* comme investi d'un droit propre, et on lui donna de son chef des actions utiles. Dès lors, le cédant ne fut plus reçu ni à l'empêcher de poursuivre en poursuivant lui-même, ni à révoquer d'une façon quelconque le mandat donné (LL. 25 et 55, *De proc.*). Dès lors aussi, le mandat subsista nonobstant le décès de l'une des parties (L. 2, C., *De obl. et act.*, IV, 10. — L. 1, C., *De contr. tut. jud.*, V, 58) ; 3° ces innovations laissaient le cessionnaire exposé à un double danger : d'abord, le débiteur pouvait lui opposer qu'il avait ou payé aux mains du cédant ou conclu avec lui quelque convention tendant à éteindre sa dette, et de tels moyens de défense ne tombaient que devant la preuve souvent difficile à fournir de sa mauvaise foi. En outre, alors même que le cédé était instruit de la cession, les exceptions qui sans son fait, par conséquent sans son dol, lui étaient acquises contre le cédant, par exemple l'exception tirée de la compensation, le protégeaient contre le cessionnaire (arg. de la loi 18 § 1, *De comp.*, XVI, 2). Pour conjurer ces dangers la pratique imagina un moyen d'un usage très facile : le cessionnaire n'eut qu'à signifier la cession au débiteur ; par là il prenait à tous les points de vue la place du créancier et devenait maître du droit cédé comme il l'eût été par la *litis contestatio* (L. 3, C., *De nov.*, VIII, 42) (1). Il faut donc dire que dans le dernier état du droit classique, la *procuratio in rem suam* une fois signifiée, mais alors seulement, devient l'exact équivalent de la tradition.

La jurisprudence ayant ainsi progressivemeut élagué tout ce qu'il y avait d'arbitraire et de contraire au but des parties dans la forme de la cession, un progrès restait à faire : il fallait sous-entendre la *procuratio in rem suam* dans tous les cas où elle était obligatoire. Ce furent ici les empereurs qui prirent l'initiative. Aux termes d'un rescrit d'Antonin le Pieux, l'acheteur d'une hérédité put, sans avoir été constitué *procurator in rem suam*, exercer des actions utiles contre les débiteurs héréditaires (L. 16 pr., *De pact.*, II, 14) (2). Le même

(1) Cette constitution appartient à l'empereur Gordien. Mais certainement elle n'innove pas, elle ne fait que constater une pratique déjà reçue. Du reste, cette signification s'employait aussi dans l'hypothèse d'un *pignus nominis*, pour assurer les droits du créancier gagiste ; et là nous la trouvons signalée par une constitution un peu plus ancienne qui, elle non plus, ne paraît pas innover (L. 4, C., *Quæ res pign.*, VIII, 17).

(2) Puisque l'occasion se rencontre de donner quelques détails sur les ventes

prince, et plus tard Septime Sévère et Caracalla, rendirent une décision semblable en faveur du tuteur qui, poursuivi par son pupille, se serait laissé condamner sans se faire céder les actions du demandeur et aurait exécuté la condamnation : ils l'autorisèrent à recourir contre ses cotuteurs par voie d'action utile (L. 1 § 13, *De tut. et rat.*, XXVII, 3. — n° 151). L'idée inspiratrice de ces décisions était bien visiblement que l'acheteur d'une hérédité et le tuteur peuvent tenir pour sous-entendue une cession d'actions qui ne saurait leur être refusée. Dès lors la jurisprudence tendit à généraliser cette idée. Déjà nous avons vu (n° 637) que dans l'opinion d'Ulpien le mandant peut, en dehors de toute cession expresse, exercer des actions utiles contre les tiers devenus les débiteurs de son mandataire. Des constitutions impériales, qui appartiennent ou à la seconde moitié du troisième siècle ou aux premières années du quatrième, formulent la même doctrine pour les cas où une créance a été vendue, léguée, constituée en dot, ou donnée en payement, (LL. 7 et 8, C., *De her. vel act. vend.*, IV, 39. — L. 18, C., *De leg.*, VI, 37. — L. 2, C., *De obl. et act.*, IV, 10. — L. 5, C., *Quand. fisc.*, IV, 15. — L. 1, C. *De mag. conv.*, V, 75). En présence de ces nombreuses décisions, il n'est pas téméraire de croire que la doctrine romaine arrivée à son dernier développement, c'est-à-dire sous Justinien, peut se formuler ainsi : en règle générale, lorsqu'une cession d'actions est due en vertu d'une

d'hérédités, je la saisis. En principe, et sauf les conventions expresses ou tacites qui peuvent intervenir entre les parties, une telle vente tend à faire passer à l'acheteur tout l'actif de l'hérédité et à lui en imposer toutes les charges, soit dettes, soit legs (L. 2 pr., §§ 1 et s., *De her. vel act. vend.*). Mais par elle-même elle ne déplace aucun des droits ni aucune des obligations que l'adition a fixés sur la tête de l'héritier. Donc, à l'égard des choses corporelles, la vente s'exécute par des traditions ou des mancipations. Quant aux créances, aux dettes et aux legs, dans le principe il intervenait des stipulations réciproques dont j'ai déjà dit quelques mots (n° 406. — Gaius, II, § 252), et qui dans la pratique la plus ordinaire paraissent avoir été accompagnées de satisdations (L. 2, C., *De her. vel act. vend.*). Plus tard, en ce qui concerne particulièrement les créances, la *procuratio in rem suam* vint fournir un procédé d'exécution plus satisfaisant, mais que le rescrit d'Antonin rendit inutile. Bien évidemment, la vente ne fait revivre ni les droits réels ni les droits de créance que la confusion a pu éteindre au moment de l'adition faite par le vendeur; mais à l'aide des actions *venditi* et *empti* on parvient à corriger les résultats de la confusion (L. 2 §§ 18 et 19 ; L. 20, § 1 *De hered. vel act. vend.*). J'ajoute que la garantie due par le vendeur a le même objet et les mêmes conséquences que dans la vente d'une simple créance (LL. 8 à 11, *De her. vel act vend.* — n° 642 *in fine*). — Au surplus, je n'ai pas besoin de faire remarquer que la vente dont il est ici question n'a rien de commun ni avec les conventions sur successions futures (t. II, p. 239, note 2), ni avec l'*in jure cessio* d'une hérédité déjà ouverte (n° 473).

convention, d'un testament ou de la loi, elle n'a pas besoin d'être expressément réalisée, elle résulte de l'obligation elle-même (L. 2, C., *Per quas pers.*, IV, 27). Cette règle pourtant n'est pas absolue : on a déjà vu (n° 565) que le fidéjusseur qui a purement et simplement payé ou laissé engager l'instance n'est pas recevable à user des actions du créancier. Mais cela prouve-t-il une insuffisance de protection? Non, puisque le fidéjusseur pouvait, n'obtenant pas de *procuratio in rem suam*, refuser de payer ou d'engager la poursuite. On fera une observation semblable en ce qui concerne le tuteur : quand il paye à l'amiable, il doit exiger une cession expresse des actions de son pupille; sinon, il n'est pas admis à les exercer, car il les a volontairement éteintes, puisqu'il pouvait ne point payer (n° 151). La règle précédemment posée ne s'applique donc qu'autant que celui qui avait droit à la cession des actions n'a pas à se reprocher de les avoir laissé périr par sa propre faute.

Je termine par une remarque importante : c'est que la cession tacite ne saurait avoir plus d'effets que la cession expresse : elle laisse donc subsister toute l'utilité et la nécessité de la signification.

642. Reste à envisager la convention de céder une action, indépendamment de la forme dans laquelle elle s'exécute. Trois règles doivent être posées. Les deux premières sont générales; la troisième ne s'applique qu'aux cessions à titre onéreux :

1° Une action n'est cessible qu'autant qu'elle fait partie de notre patrimoine (1). Mais à cette condition, toute action tant réelle que personnelle peut être cédée. Cependant certaines exceptions furent apportées à ce principe (2). La plus considérable et la plus connue résulte d'une constitution d'Anastase (L. 22, C., *Mand.*, IV, 35). Ce prince décida que le cessionnaire à titre onéreux d'un droit litigieux n'aurait action contre le cédé que jusqu'à concurrence de ses déboursés et des intérêts (3). Anastase ne voulait que décourager et

(1) Cela exclut l'action d'injures (L. 28, *De inj.*, XLVII, 10) et les actions populaires (L. 7 § 1, *De pop. act.*, XLVII, 23).

(2) C'est ainsi que Dioclétien et ses successeurs annulèrent la cession faite à un *potentior* (LL. 1 et 2, C., *Ne lic. pot.*, II, 14). Mais la portée de cette décision est mal déterminée, à cause du sens trop vague du mot *potentior*.

(3) Par droit litigieux il ne faut entendre ici que celui sur lequel existent les éléments d'un procès non encore engagé. Quant aux droits déjà déduits en justice, je montrerai plus tard (n° 765 *in fine*) que bien avant la constitution d'Anastase ils furent l'objet de règles spéciales. J'ajoute que d'après quelques interprètes la décision de ce prince viserait absolument toute cession d'actions, alors même que

écarter les spéculateurs. Aussi maintint-il le droit ancien dans les trois cas suivants : 1° lorsque la cession a pour cause une dation en payement ; 2° lorsque c'est un cohéritier qui cède à son cohéritier sa part dans un droit héréditaire ; 3° lorsque la cession n'est que l'exécution d'un legs ou d'un fidéicommis portant sur le droit cédé (1).

2° Les droits du cessionnaire sont exactement les mêmes que ceux du cédant (L. 2 pr., *De her. velact. vend.* — L. 5, C., *eod. tit.*). De là deux conséquences : 1° les garanties accessoires qui protégeaient la créance aux mains du cédant la protègent encore aux mains du cessionnaire. Aussi peut-il exiger, et par conséquent tenir pour sous-entendue, la cession des gages et hypothèques, celle des actions qui compètent contre les *intercessores*, et même, si le débiteur est une personne *alieni juris*, celle des actions *adjectitiæ qualitatis* (LL. 6, 14 pr., 23 pr., *De her. vel act. vend.*). De même il est investi des privilèges qui tiennent à la cause de la créance; mais par exception on lui refuse ceux qui sont attachés à la qualité du créancier (L. 42, *De adm. et per. tut.*, XXVI, 7) (2); 2° tous les moyens de défense qui pouvaient être opposés au cédant seront valablement opposés au

le droit cédé n'aurait rien de litigieux. Mais cette interprétation est contredite par plusieurs expressions du texte, et c'est un motif suffisant pour la rejeter. Telle que je l'entends, l'innovation d'Anastase est déjà assez sévère et assez peu raisonnable pour qu'on ne l'exagère pas.

(1) La pratique trouva des biais pour éluder la constitution d'Anastase. Le principal fut celui-ci : supposons qu'ayant une créance litigieuse égale à cent je veuille la vendre pour vingt; je déclare la vendre jusqu'à concurrence du cinquième de sa valeur nominale, et la donner pour le surplus. Justinien décida qu'en pareille hypothèse la cession serait pour le tout réputée faite à titre onéreux (L. 23, C. *Mand.*).

(2) On a soutenu que les privilèges de cette seconde espèce passent eux-mêmes au cessionnaire, et en ce sens on a produit deux décisions : 1° un mineur qui gérait sans mandat les affaires d'un majeur a contracté des obligations et ne veut pas se faire restituer *in integrum*. Afin d'éviter que le préjudice ne retombe sur le majeur, qui n'a rien à se reprocher, Paul lui permet d'exiger la cession du droit à l'*in integrum restitutio* (L. 24, pr., *De min.*, IV, 4); 2° une des faveurs accordées au fisc consiste à pouvoir exiger les intérêts de toute créance contractuelle sans les avoir stipulés (L. 17 § 5, *De usur.*, XXII, 1). Or Modestin reconnaît le même droit au cessionnaire du fisc, même pour le temps postérieur à la cession (L. 43, *De usur.*). — Ces décisions ne prouvent rien, si l'on considère d'abord qu'elles n'ont pas trait à des privilèges proprement dits, c'est-à-dire à des droits de préférence. Mais de plus, celle de Paul se rapporte à une hypothèse tout à fait exceptionnelle. Quant à celle de Modestin, elle est fort suspecte. Nous lisons, en effet, dans le texte correspondant des Basiliques (XXIII, 3, 43) et dans une des scolies qui l'accompagnent, que le débiteur du fisc ne doit les intérêts non stipulés que jusqu'au jour de la cession. Les compilateurs du Digeste auraient donc oublié une négation dans le texte de Modestin.

cessionnaire, cela toutefois pourvu que le cédé les ait acquis sans dol et avant la notification de la cession (1).

3° Le cédant ne garantit pas la solvabilité du cédé. Mais il garantit, sauf convention contraire, l'existence de la créance : il faut donc que le cédé soit réellement débiteur, il faut que le droit appartienne au cédant lui-même, il faut enfin qu'aucune exception ne puisse faire échouer la demande. Une de ces conditions venant à manquer, le cessionnaire a droit à des dommages-intérêts qui se déterminent d'après la distinction suivante : si la créance vendue a été présentée comme ayant pour objet une somme d'argent déterminée, ils sont exactement égaux à cette somme; hors ce cas, ils embrassent tout le préjudice causé, et ce préjudice peut être fort supérieur au prix de la cession (LL. 4 et 5, *De her. vel act. vend.* — L. 74 § 3, *De evict.*, XXI, 2).

APPENDICE A LA THÉORIE DES CONTRATS.

DES PACTES OU CONVENTIONS (2).

SOMMAIRE : I. Théorie primitive des pactes. Des premières modifications qui y furent apportées. — II. Des pactes adjoints à un contrat. — III. Des pactes adjoints à une dation. — IV. Théorie générale des contrats innommés. — V. De l'échange et de l'*Æstimatum*.

I. — THÉORIE PRIMITIVE DES PACTES. DES PREMIÈRES MODIFICATIONS QUI Y FURENT APPORTÉES.

643. Le pacte ou convention n'est autre chose que le consentement de deux ou plusieurs personnes (3). Envisagé de cette manière générale, il entre comme élément essentiel dans les trois modes volontaires d'aliénation, dans tous les contrats, et dans les principaux

(1) La réciproque de ces deux conséquences doit-elle être admise ? Je distingue : Le cessionnaire, à moins que ce ne soit le fisc (L. 17 § 6, *De usur.* — L. 6, *De jur. fisc.*, XLIX, 14), n'a jamais aucun droit qui n'ait appartenu au cédant. Mais on admet sans difficulté qu'il peut être repoussé par une exception tirée de son dol personnel même antérieur à la *litis contestatio* (L. 4 § 18, *De dol. mal. et met. except.*, XLIV, 4).

(2) Le mot *pactum*, qui eut pour synonymes *pactio* et anciennement *pacio*, dérive, comme *pax*, du verbe *pago* ou *pango* (enfoncer, planter). De là aussi *pacisci* pour dire *faire un pacte* (Festus, v° *Pacionem*, — L. 1 § 1, *De pact.*, II, 14). Tous ces mots expriment une idée de fixité, de solidité qui cadre mal avec la théorie Romaine. Quant à *conventio*, il vient de *convenire* et signifie simplement que plusieurs volontés s'accordent ensemble (L. 1 § 3, *De pact.*).

(3) Il faut soigneusement distinguer le pacte de la *pollicitatio*, qui n'est qu'une offre non acceptée et par conséquent dépourvue d'effet. Par exception, la *pollicitatio* oblige lorsque, étant faite à une cité, elle a reçu un commencement d'exécution ou qu'elle est fondée sur une *iusta causa*, par exemple sur un honneur qu'on a

modes d'extinction des obligations. Mais ici nous devons l'étudier en lui-même, c'est-à-dire comme acte distinct ou comme simple dépendance d'un acte d'ailleurs complet. Les parties qui font un pacte se proposent toujours pour but immédiat de créer ou d'éteindre une obligation. Mais en général elles n'atteignent pas leur but. On estime en effet que le consentement qui n'est ni revêtu d'une forme solennelle ni accompagné de quelque acte matériel, ne présente pas un caractère suffisant de certitude, et de là cette formule d'une simplicité presque brutale : *ex pacto actio neque nascitur neque tollitur* (L. 6, *De pact.*, II, 14). Toutefois, dès une haute antiquité, cette règle nous apparaît limitée par les exceptions suivantes : 1° quatre pactes sont rendus obligatoires sous le nom de contrats consensuels (nos 493 et 494) ; 2° les pactes ajoutés *in continenti* à un contrat de bonne foi participent à la force et à la sanction du contrat lui-même (L. 7 § 5, *De pact.*) ; 3° on sanctionne aussi certains pactes joints *in continenti* à une dation (n° 647) ; 4° un pacte suffit, d'après la loi des Douze Tables, pour éteindre *ipso jure* les actions *furti* et *injuriarum*, et cela sans doute à cause des peines parfois excessives auxquelles ces actions aboutissent (L. 7 § 14; L. 17 §1, *De pact.*); 5° enfin, les contrats consensuels, tant qu'ils n'ont reçu aucun commencement d'exécution, se dissolvent par un simple accord de volontés (Inst., § 4, *Quib. mod. obl. toll.*, III, 29). Malgré ces restrictions, la vieille règle cessa bientôt de répondre aux idées romaines agrandies par la culture grecque ; et Cicéron (*De inv.*, II, 22) nous apprend que de son temps l'opinion publique commençait à mettre l'autorité des pactes au-dessus de l'autorité du droit. Aussi le mouvement général qui tendait à faire pénétrer l'équité dans la jurisprudence fut-il ici plus accentué peut-être et plus fécond qu'en aucune autre matière (1).

644. C'est le préteur qui porta la première atteinte au droit civil en déclarant d'une manière générale qu'il ferait observer tout pacte conclu sans dol et qui n'aurait rien de contraire aux lois (2). Cette

reçu ou qu'on va recevoir (L. 1 §§ 1 et 2 ; L. 3 pr., *De pollicit.*, L, 12). Du reste *pollicitatio* s'emploie quelquefois comme synonyme de *pactum* (L. 19 § 2, *De æd. ed.*, XXI, 1. — L. 10 pr., *De his quæ ut ind.*, XXXIV, 9. — L. 1, C., *De jur. dot.*, V, 12).

(1) Les pactes restés soumis à la règle originaire s'appellent *pacta nuda* (L. 7 § 4, *De pact.* — L. 27, C., *De loc.*, IV, 65. — L. 1, C., *De pact. conv. tam. sup. dot.*, V, 14).

(2) Voici quelques exemples de pactes prohibés : 1° celui qui affranchit une per-

disposition existait déjà au temps de Cicéron, mais le préteur ne la sanctionna jamais que par voie d'exception (Cic., *De off.*, III, 24. — L. 7 §§ 4 et 7, *De pact.*). Donc, pour préciser la portée de son innovation, il faut distinguer deux hypothèses. Ou il s'agit d'un pacte *de non petendo*, c'est-à-dire tendant à éteindre une obligation, et alors l'exécution en est infailliblement garantie ; car le débiteur, s'il est poursuivi, pourra toujours s'abriter sous l'exception. Ou, au contraire, le pacte tend à créer une obligation, et ici, faute d'action, il reste fatalement sans effet, à moins que l'occasion d'opposer l'exception ne résulte de quelque circonstance imprévue, par exemple si la personne obligée en vertu du pacte paye et s'avise ensuite de répéter. En résumé donc, la disposition prétorienne ne protège que très accidentellement le pacte conclu *ad obligandum*, mais elle protège d'une manière absolue le pacte *de non petendo* (1), et en cela elle ne fait que généraliser la décision des Douze Tables relativement aux pactes qui éteignent les actions de vol et d'injures. Dans tous les cas, au surplus, et alors même qu'elle paralyse l'application de la règle générale du droit civil, elle en respecte scrupuleusement la lettre ; car c'est bien reconnaître que le pacte n'opère pas *ipso jure* que de le garantir par une simple exception.

La législation prétorienne contenait le germe d'un nouveau progrès. Du moment que le pacte tendant à obliger pouvait, le cas échéant, fournir une exception, c'est qu'on y voyait réellement les éléments

sonne de la responsabilité d'un délit non encore commis ou d'un dol futur (L. 27 §§ 3 et 4, *De pact.*, II, 14. — L. 23, *De reg. jur.*, L, 17) ; 2° celui qui porte sur une succession non ouverte (t. II, p. 239, note 2), et par conséquent ceux qui contiennent renonciation à la quarte légitime (t. I, p. 894) ou à la quarte Falcidie (L. 15 § 1, *Ad leg. falc.*, XXXV, 2) ; 3° ceux qui, faits entre époux avant la dissolution du mariage, ont pour objet d'exclure ou de modifier les peines établies contre l'inconduite des époux, de supprimer les actions ou les *retentiones propter res amotas, res donatas aut impensas necessarias*, d'accorder la *retentio propter liberos* aux héritiers du mari prédécédé, ou d'allonger les délais que la loi donne pour la restitution de la dot (L. 2 ; L. 5 pr. §§ 1 et 2 ; LL. 17 et 18, *De pact. dot.*, XXIII, 4. — L. 3, C., *De pact. conv. tam. sup. dot.*, V, 14). — D'une manière générale on prohibe tout pacte qui ne se renferme pas dans le cercle des intérêts privés, et partout où le pacte est nul la stipulation elle-même ne vaut rien (L. 7 §§ 14 et 16 ; L. 27 § 4, *De pact.*).

(1) Cette double observation nous explique pourquoi si souvent les mots *pactum* et *pacisci* se réfèrent au seul pacte *de non petendo* (L. 6 § 8 ; L. 27 pr., *De pact.*), et pourquoi ce pacte forme l'objet presque exclusif des divers titres *de pactis* Elle nous rend compte aussi de la place qu'à l'exemple de l'édit le Code et le Digeste assignent aux pactes ; ces deux recueils les rattachent à la *vocatio in jus* et aux divers incidents qui précèdent une introduction d'instance, et cela parce qu'après le pacte *de non petendo* il n'y a plus lieu à aucune instance.

d'une obligation, si faible et si imparfaite qu'elle fût. Pour être logique, il fallait donc reconnaître que ce pacte engendre une obligation naturelle. Cette idée, il est vrai, n'est nulle part formulée d'une manière générale. Mais Ulpien en fait l'application expresse au pacte d'intérêts (L. 5 § 2, *De sol.*, XLVI, 3) (1), et il est difficile de voir là une décision spéciale, car le but du jurisconsulte n'est point d'exposer les effets généraux des pactes ou de rechercher de quels faits dérivent les obligations naturelles. Il a besoin en passant, pour expliquer un rescrit impérial, de montrer comment des intérêts peuvent être dus naturellement, et il prend pour exemple l'hypothèse d'une simple convention, ce qui paraît bien supposer comme chose certaine que les conventions produisent au moins des obligations naturelles lorsque cela est conforme à la volonté des parties (2). Ce qui d'ailleurs confirme cette doctrine, c'est que les promesses d'un esclave, qui ne valent, on le sait (n° 505), que comme pactes, emportent néanmoins obligation naturelle (3).

D'autres innovations, non moins importantes que la création de l'exception *pacti conventi*, se réfèrent soit aux pactes qui accompagnent un contrat ou une dation, soit aux pactes qui peuvent se changer en contrats innommés. Je vais les expliquer en détail de manière à n'y plus revenir. Quant à certains pactes spéciaux que la doctrine appelle prétoriens ou légitimes, les uns ayant été pourvus d'action

(1) Il y a dans le même sens plusieurs autres textes (L. 11 § 3, *De pign. act.*, XIII, 7. — LL. 3, 4, et 22, C., *De usur.*, IV, 32).

(2) Demandera-t-on ce que cette doctrine ajoute à la disposition de l'édit? D'abord elle empêche *ipso jure* la répétition de ce qui aurait été payé; puis, ce qui est beaucoup plus sérieux, le pacte peut désormais servir de cause indirecte à une action, par exemple s'il est garanti par une hypothèque ou une fidéjussion (n° 726).

(3) Il y a des interprètes qui croient que même dans le dernier état du droit les pactes en général ne créent pas d'obligation naturelle. Je ne citerai que deux des nombreux arguments qu'on produit en ce sens. L'un est tiré d'un texte (L. 1 § 2, *De verb. obl.*, XLV, 1), où nous lisons que celui qui répond à l'interrogation d'un stipulant par un simple signe de tête affirmatif ne s'oblige ni civilement ni naturellement, et pourtant, dit-on, un pacte se forme, puisque le pacte peut être tacite (L. 2 pr., *De pact.*). Je réponds qu'un signe de tête n'a pas toujours une signification bien certaine, que tel a l'air de consentir qui peut-être plaisante ou réfléchit, et qu'en conséquence ce qui détermine ici la décision du jurisconsulte, c'est précisément le doute sur la formation du pacte. Le second argument consiste à dire que, si le pacte engendre obligation naturelle, on n'aura qu'à faire ensuite un pacte de constitut pour aboutir à une obligation civile. Ainsi l'action qu'un seul pacte ne crée pas, on l'obtiendrait par deux pactes successifs, et la loi serait éludée. Cet argument me touche peu. De deux choses l'une, en effet : ou, en faisant le premier pacte, les parties ne songeaient nullement au pacte de constitut qu'elles pourraient faire plus tard, et alors je ne vois pas pourquoi ce pacte aurait moins de force ici

par le préteur, les autres par le droit impérial, je les laisserai de côté comme ayant été ou devant être expliqués ailleurs, et parce qu'en les dérobant à la règle générale du droit civil on ne modifiait pas la règle en elle-même (1).

II. — DES PACTES ADJOINTS A UN CONTRAT.

645. Les pactes adjoints à un contrat sont ceux qui tendent à en modifier les effets naturels, c'est-à-dire à augmenter ou à diminuer les obligations qu'il produit par lui-même. Prenons l'exemple d'une vente : le pacte qui met les cas fortuits à la charge du vendeur ou qui lui impose de donner des fidéjusseurs ajoute aux effets du contrat; mais celui-là les restreint qui affranchit le vendeur de la responsabilité de ses fautes ou le dispense de toute promesse relative à l'éviction (nos 606 et 612).

Pour déterminer l'effet des pactes adjoints, je distinguerai s'ils se rattachent à un contrat de bonne foi ou à un contrat de droit strict.

Plaçons-nous d'abord dans l'hypothèse d'un contrat de bonne foi. La règle générale est que les pactes ajoutés *in continenti* font partie du contrat (*insunt contractui, continentur contractu*), tandis que les pactes ajoutés *ex intervallo* restent en dehors et n'ont pas plus de valeur que les pactes isolés (L. 13, C., *De pact.*, II, 3. — L. 7 § 4, *De pact.*). Le sens pratique de cette règle est facile à déterminer. S'agit-il d'un pacte *in continenti* : les obligations qu'il crée sont sanctionnées par l'action qui naît du contrat (2), et celles qu'il supprime sont réputées *ipso jure* n'avoir jamais pris naissance. S'agit-il, au contraire, d'un pacte *ex intervallo* : jamais il n'opère que par voie d'exception. Donc s'il retranche quelque chose des obligations nées du contrat, son exé-

que lorsqu'il s'applique à une obligation naturelle quelconque; ou au contraire, elles sont convenues dès le principe que le premier pacte serait suivi d'un pacte de constitut, et alors en réalité les deux pactes n'en font qu'un seul, et il n'y a pas d'obligation civile (voy. t. II, p. 581 note 3).

(1) Les principaux pactes légitimes sont ceux de constitution de dot (n° 311) et de donation (n° 304). Les principaux pactes prétoriens sont le serment, le constitut et le pacte d'hypothèque, celui-ci particulièrement remarquable; car il fait plus que déroger à la règle *ex pacto actio non nascitur*, il crée un droit réel, ce que les contrats eux-mêmes ne peuvent faire.

(2) On a poussé cette idée si loin que les pactes résolutoires insérés dans un contrat de vente sont garantis eux-mêmes par les actions nées du contrat. Tel est du moins le dernier état de la doctrine Romaine (n° 614).

cution est assurée ; mais s'il y ajoute, il reste non avenu, à moins que le créancier ne trouve plus tard quelque occasion de l'opposer comme défendeur (L. 72 pr., 2e ph., *De contr. empt.*, XVIII, 1) (1). Quant au motif d'où procède cette distinction entre le pacte fait *in continenti* et le pacte fait *ex intervallo*, on ne saurait lui dénier un caractère rationnel. En effet, le pacte *in continenti*, étant celui qui précède ou suit immédiatement la conclusion du contrat (L. 3, C., *De æd. act.*, VI, 58), n'en est, à vrai dire, qu'une clause, et souvent une clause essentielle. Qu'on le supprime, et les parties peut-être ne contracteraient pas ou ne contracteraient qu'à des conditions toutes différentes. Il exerce donc une influence décisive sur le consentement, et, selon le langage expressif d'Ulpien, *dat legem contractui* (L. 7 § 4, *De pact.*). Au contraire, le pacte fait *ex intervallo*, c'est-à-dire après coup, n'a certainement pas déterminé la volonté originaire des parties ; son unique prétention est de modifier un résultat déjà acquis, et l'on comprend sans peine qu'une législation formaliste ne se préoccupe pas de le sanctionner. Cette rigueur, après tout, n'empêche pas les contractants d'ajouter tout ce qu'ils veulent à un contrat antérieur ; elle les oblige seulement à revêtir leur nouvelle volonté des formes solennelles que le droit commun met à leur disposition (2).

(1) Pour exprimer ces divers résultats, Ulpien (L. 7 § 4, *De pact.*) emploie les deux formules suivantes : il dit d'abord, et cela est pleinement exact, que les pactes ajoutés *in continenti* font partie du contrat même *ex parte actoris ;* en d'autres termes on peut les faire exécuter par voie d'action tout aussi bien que par voie de défense. Il dit ensuite que les pactes ajoutés *ex intervallo* ne font partie du contrat que *ex parte rei ;* mais cette seconde formule n'est plus d'une exactitude rigoureuse. Elle contient sans doute deux idées vraies : c'est d'abord que de tels pactes ne peuvent être opposés par voie d'action, et en second lieu, que l'exception qu'ils engendrent est assimilable à un moyen de défense tiré du fond, en ce sens qu'elle est sous-entendue dans la formule (L. 3, *De resc. vend.*, XVIII, 5). Mais cela ne fait pas que l'obligation soit diminuée avec même force par le pacte ajouté *ex intervallo* que par le pacte ajouté *in continenti ;* en effet celui-ci ne peut être paralysé par un pacte contraire, celui-là le peut (L. 27 § 2, *De pact.*).

(2) La doctrine qui vient d'être exposée au sujet des pactes faits *ex intervallo* reçoit une importante restriction en matière de contrats consensuels. Supposons, par exemple, qu'une vente n'ayant encore reçu aucune espèce d'exécution, les parties s'accordent après coup pour ôter ou ajouter quelque chose au prix, ou bien pour augmenter, diminuer ou même changer la chose vendue : voilà un pacte qui opère *ipso jure*, et cela parce que l'analyse y trouve en réalité deux conventions distinctes, dont l'une a pour but de dissoudre une vente et l'autre d'en former une nouvelle. Or ces deux conventions se suffisent à elles-mêmes, puisque le simple consentement donne naissance à la vente, et peut, tant qu'elle n'est point exécutée, la dissoudre. Cette doctrine doit être étendue à tout pacte qui modifie un contrat consensuel dans l'un des éléments essentiels à son existence (*substantia*, par oppo-

646. Passons aux contrats de droit strict. Ici il n'est pas douteux qu'en règle générale les pactes faits *in continenti* furent d'abord traités comme les pactes faits *ex intervallo*, et qu'en conséquence ils demeurèrent longtemps dépourvus de sanction. Cela ressort des textes mêmes qui posent la distinction en matière de contrats de bonne foi, et cela est naturel, ajouterai-je, étant donné qu'en un contrat de droit strict l'obligation contient régulièrement tout ce qu'il y a dans les *verba*, dans les *litteræ* ou dans la *res*, et ne contient rien de plus. Donner force aux pactes adjoints, c'eût été dans une certaine mesure reconnaître l'efficacité du simple consentement. Mais quelle fut à l'origine l'exacte portée de cette règle, et surtout subsista-t-elle aussi longtemps que la législation romaine? Pour répondre à ces questions je distinguerai entre la stipulation et le *mutuum*, les seuls contrats de droit strict sur lesquels les sources nous renseignent ; car la *transcriptio* avait disparu longtemps avant Justinien (n° 581) (1).

Soit d'abord une stipulation. Ici j'estime que la règle commença par être absolue, et cela n'avait rien d'essentiellement gênant pour les parties, puisqu'elles pouvaient sans peine couler toutes leurs conventions dans le moule flexible de l'interrogation et de la réponse (2). Toutefois, sur la fin de l'époque classique, la jurisprudence avait changé. A l'égard des pactes faits pour diminuer l'obligation, la preuve en est facile à fournir. Paul, dans un texte déjà cité (t. II, p. 278, note 2), rapporte qu'en fait une somme d'argent ayant été stipulée, les parties étaient convenues que tant que les intérêts seraient régulièrement servis, le capital ne pourrait être exigé : il y a là, dit-il, une condition qui fait obstacle à la demande, comme si elle eût été exprimée dans la stipulation elle-même. Ailleurs le même jurisconsulte nous fait assister à une discussion à laquelle il prit part comme assesseur dans l'auditoire de Papinien, alors préfet du prétoire. Deux stipulations avaient été faites, ayant pour objet, l'une un capital exigible aux prochaines calendes, l'autre des intérêts pour le cas de non-remboursement au jour de l'échéance. Puis un pacte avait fractionné le payement du capital en un certain nombre de prestations

sition aux *adminicula*). On la contestait encore au temps de Papinien, mais elle se trouve déjà dans des textes antérieurs et elle prévalut certainement (L. 7 § 6, *De pact.* — L. 6 § 2 ; L. 72 pr., *De contr. empt.* — L. 2, *De resc. vend.*, XVIII, 5).

(1) La *transcriptio* comportait sans aucun doute l'adjonction d'un pacte contenant un terme (t. II, p. 398, note 4), et je crois qu'il en faut dire autant du pacte d'intérêts (Tit.-Liv., VI, 20).

(2) Voy. t. II, p. 211, note 2.

égales échelonnées de mois en mois. Sur les effets de ce pacte plusieurs questions s'élevèrent, dont l'une consistait à savoir s'il n'opérait que par voie d'exception. Or l'affirmative fut soutenue dans l'auditoire de Papinien; mais Paul la combattit, et elle ne prévalut pas (L. 40, *De reb. cred.*, XII, 1) (1). Maintenant, le progrès n'alla-t-il pas plus loin, et n'arriva-t-on pas à réputer compris dans le contrat les pactes mêmes qui tendaient à grossir l'obligation? Telle est bien la conclusion qui ressort du texte de Paul ; on y lit : *pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*, et quoi qu'en disent certains interprètes, la nature spéciale du pacte prévu par Paul ne saurait restreindre la portée absolue d'une phrase qui ne distingue pas. Ce qui est plus décisif encore, Ulpien, examinant les conditions de forme auxquelles la stipulation doit satisfaire, décide que les additions ou retranchements que la réponse apporte à l'interrogation n'empêchent pas le contrat de se former, pourvu que le créancier les accepte immédiatement (L. 1 § 3, *De verb. obl.*, XIV, 1). Or, que trouvons-nous ici? Deux choses : une stipulation qui d'après les principes devrait être nulle, et un pacte qui vient lui restituer sa validité. C'est donc que le pacte y est réputé compris (2). Enfin, si nous franchissons les trois siècles qui séparent Paul et Ulpien de Justinien, ce prince nous apprend que dans la pratique quotidienne de son temps le créancier qui recevait des fidéjusseurs ou des *correi promittendi* convenait avec les divers obligés que la poursuite exercée contre l'un deux ne libérerait pas les autres. Or l'admission d'un tel pacte, que certainement les an-

(1) On a fait à cette loi une réputation d'obscurité qu'elle ne mérite pas. Les anciens interprètes la mettaient au nombre des *septem leges damnatæ* ou *septem cruces jurisconsultorum*. Les six autres, si l'on est curieux de les connaître, sont les suivantes : L. 22, *De reb. cred.* (XII, 1). — L. 38, *De cond. ind.* (XII, 6). — L. 8, *De eo quod cert. loc.* (XIII, 4). — L. 69, *Pro soc.* (XVII, 2). — L. 4, *De naut. fœn.* (XXII, 2). — L. 29, *De lib. et post.* (XXVIII, 2).

(2) Pour écarter l'argument fourni par le texte d'Ulpien, on a prétendu que c'est ce jurisconsulte qui fut dans l'auditoire de Papinien le principal contradicteur de la doctrine de Paul sur l'effet des pactes ; c'est à lui que se rapporteraient ces mots de la loi 40 : *et si, ut ille putabat, ad exceptionem tantum pactum prodesset.* Mais pourquoi donc Paul ne viserait-il pas Papinien, qu'il a nommé au début du texte, plutôt qu'Ulpien, qu'il ne nomme pas du tout? Le pronom *ille* ainsi entendu serait d'un emploi au moins aussi correct et certainement plus poli. On allègue, il est vrai, une prétendue rivalité de Paul et d'Ulpien. Mais c'est là une pure conjecture fondée sur un texte qui ne prouve autre chose qu'une dissidence d'opinion sur quelques points secondaires (L. 43, *De act. empt.*, XIX, 1); et cette rivalité fût-elle certaine, il est impossible d'en tirer aucun argument sûr pour l'interprétation de la loi 40.

ciens eussent rejeté comme contraire à une règle d'ordre public, ne démontre-t-elle pas le triomphe définitif de la doctrine qui en notre matière assimilait la stipulation aux contrats de bonne foi (1)?

Sur le *mutuum* les développements déjà donnés (n°s 589 et 590) me permettent d'être plus bref. Qu'il me suffise de faire remarquer que ce contrat ne fut peut-être jamais soumis à la règle d'une manière aussi absolue que la stipulation, mais qu'en revanche il ne réussit jamais non plus à s'en affranchir complètement. D'une part, en effet, il est probable que dès l'origine on admit au moins la validité du pacte qui concédait un terme pour la restitution : sans quoi l'intérêt de l'emprunteur eût presque toujours exigé la substitution d'une stipulation au *mutuum* (2). D'autre part, même dans le dernier état du droit, le *mutuum* d'argent, le seul qui ait un caractère véritablement pratique, exclut tout pacte par lequel le débiteur s'engagerait à restituer, soit quant à la quantité, soit quant à la qualité, plus qu'il ne reçoit. Sous le bénéfice de cette importante restriction, on peut dire avec exactitude que dès l'époque classique les pactes qui accompagnent le *mutuum* opèrent *ipso jure*, soit qu'ils en diminuent ou en augmentent les effets (L. 29, *De pact.* — L. 7, *De reb. cred.*, XIII, 1). Citons, à titre d'exemples, celui qui autorise l'emprunteur à s'acquitter par une série de remboursements partiels (L. 41 § 1, *De usur.*, XXII, 1); celui qui établit la corréalité entre plusieurs emprunteurs (n° 557); enfin, celui par lequel l'action en restitution est acquise à un tiers qui n'est ni propriétaire des deniers prêtés ni instruit du prêt (t. II, p. 264 et 412) (3).

III. — DES PACTES ADJOINTS A UNE DATION.

647 A. Mon seul but pour le moment est d'exposer la doctrine primitive, celle que l'on peut faire remonter au moins jusqu'aux

(1) Dans le même sens ne peut-on pas tirer argument de ce qu'en cas de novation un pacte adjoint *in continenti* suffit pour transporter à la nouvelle créance les gages et hypothèques qui garantiraient l'ancienne (n° 696)?

(2) Voy. t. II, p. 418, note 3.

(3) Pourquoi supposé-je l'ignorance du tiers? parce que, cette circonstance écartée, on peut raisonner ainsi : la propriété des deniers lui a d'abord été acquise par une tradition *brevi manu*, puis il est censé les avoir remis au *tradens* à l'effet d'exécuter le prêt. De cette façon, l'opération est réputée se passer directement entre lui-même et l'emprunteur, et s'il devient créancier, ce résultat s'explique autrement que par la force d'un pacte adjoint.

Douze Tables. Au premier aspect on pourrait croire que les décemvirs sanctionnèrent tous les pactes adjoints *in continenti* (1) à un transport de propriété ou à une constitution de droit réel. En ce sens on alléguerait, pour la tradition, une ligne que Justinien emprunte au commentaire de Gaius sur la loi des douze Tables (L. 48, *De pact.*); pour la mancipation, un fragment de la sixième table rapporté par Festus (v° *Nuncupata.* — Tab. VI, 1); enfin, pour l'*in jure cessio*, un texte de Paul où elle est traitée à ce point de vue comme la mancipation (*Fr. Vat.*, § 50). Cependant il est certain que, présentée avec ce caractère général, une telle doctrine ne fut admise qu'après plusieurs siècles. Pour discerner ce quelle eut de vrai à l'origine, il faut distinguer entre le pacte qui se borne à restreindre les effets de l'aliénation et celui qui prétend en faire naître une obligation.

Quant au pacte de la première espèce, l'efficacité en est admise d'une manière générale, pourvu qu'il n'ait rien de contraire à la nature du droit transféré ni aux formes employées pour réaliser la translation (2). C'est ainsi que l'on peut : 1° retarder ou suspendre l'effet de la tradition par un terme ou une condition (n° 227); 2° retenir, dans une mancipation ou dans une *in jure cessio*, une servitude prédiale ou personnelle (n°s 270 et 277); 3° retarder ou suspendre la translation de ces mêmes servitudes par un terme ou une condition tacites (n°s 270 et 277); 4° convenir, dans une translation d'usufruit, que ce droit finira du vivant même de l'usufruitier, par l'arrivée d'un terme ou d'une condition (n° 277) (3).

Que s'il s'agit de greffer une obligation sur la dation, les effets du pacte se déterminent par une distinction tirée de l'objet même de l'obligation.

(1) Je laisse de côté les pactes ajoutés *ex intervallo*, comme étant soumis ici aux mêmes règles que dans la matière des contrats.

(2) Comme exemples de pactes contraires à la nature du droit lui-même, je citerai : 1° celui d'après lequel la propriété doit revenir de plein droit à l'aliénateur par l'arrivée d'un terme ou d'une condition (n° 202); 2° le même pacte fait relativement à une servitude prédiale (n° 270); 3° celui qui réserve la *superficies* à l'aliénateur d'un fonds (L. 44 § 1, *De obl. et act.*, XLIV, 7). — Sont simplement exclus par la forme de l'acte : 1° le pacte qui exprime un terme ou condition dans la mancipation ou dans l'*in jure cessio* (n° 224); 2° celui qui dans une tradition retient une servitude prédiale ou personnelle (n°s 270 et 273). — Tous ces pactes sont nuls d'après le droit civil; et le premier entraîne nullité de l'opération tout entière.

(3) Je rappelle qu'il y a certains pactes sur la validité desquels on hésita (t. I, p. 668, note 3.)

Lorsque l'acquéreur s'engage seulement à restituer la chose ou la quantité reçue, l'obligation prend naissance parce qu'elle ne contient *rien* qui ne soit dans la dation (1). Un pacte de ce genre est inhérent à la donation pour cause de mort et à la constitution de dot faite avant le mariage; car l'une doit être restituée si le donataire prédécède, et l'autre si le mariage manque (nos 308 et 311). Mais il peut aussi être exprès : cela arrive, par exemple, quand une dot est constituée sous la condition d'être rendue, après la dissolution du mariage, au constituant lui-même (L. 1, C., *De pact. conv. tam sup. dot.*, V, 14). Ces pactes et autres pareils sont tous sanctionnés par une *condictio sine causa* fondée sur ce que la dation n'a plus de cause ou n'en a jamais eu (2). Mais ce mode de sanction a deux inconvénients : il appartient au droit strict, et il exclut toute idée d'une obligation réciproque à la charge de l'aliénateur. De là l'usage d'un pacte spécial appelé *fiducia*. Ce pacte, particulièrement fréquent dans les aliénations qui avaient pour cause une constitution de gage ou un dépôt (nos 244 et 285 — t. II, p. 425, note 5), s'adjoignait à la mancipation ou à l'*in jure cessio*, mais non, paraît-il, à la tradition (3). Appuyé sur l'acte solennel dont il était un accessoire, il formait un véritable contrat et servait à garantir toutes les conventions des parties relativement à la chose aliénée. Deux actions de bonne foi en dérivaient, l'action *directa fiduciæ* donnée à l'aliénateur, et l'action *contraria fiduciæ* donnée à l'acquéreur. De cette façon ce dernier répondait de ses négligences, qu'on ne pouvait lui imputer dans la *condictio*, et d'autre part il n'était pas réduit, pour le recouvrement de ses impenses nécessaires ou utiles, à la ressource d'une exception *doli mali*.

Supposons maintenant une *datio ob rem*, c'est-à-dire que l'ac-

(1) Au fond il n'y a pas autre chose que cela dans le *mutuum*. Pourquoi donc le pacte de restitution qui accompagne alors la dation est-il traité autrement que les autres pactes semblables? Pourquoi forme-t-il un contrat? sans doute parce que dans la *datio mutui* le but principal des parties est de faire naître une obligation. Au contraire, dans les pactes dont je m'occupe ici, ce n'est jamais là qu'un but accessoire (L. 19 pr., *De reb. cred.*, XII, 1).

(2) Le droit classique donne aussi une *condictio ob rem dati* (t. II, p. 572, note 4).

(3) En 1867 on a découvert en Espagne, sur une plaque de bronze, un modèle de *pactum fiduciæ* (voy. M. Ch. Giraud, *Juris Romani antiqui vestigia*, p. 208). Cette découverte tranche une question jusque-là controversée. Elle prouve que ce pacte s'ajoutait à la mancipation ou à l'*in jure cessio*, mais ne faisait point corps avec elle, je veux dire n'entrait pas dans la formule solennelle de l'aliénation.

quéreur s'oblige ou à donner autre chose que ce qu'il a reçu ou à exécuter un fait. Ici le simple raisonnement nous conduirait à penser que cette obligation ne fut pas tout d'abord sanctionnée par la loi; car son objet n'est pas adéquat à la dation d'où on prétend la faire résulter. Mais les preuves positives ne manquent pas à l'appui de cette doctrine. Et d'abord elle seule nous explique l'ancienne théorie de la donation *sub modo*, cette théorie qui ne permettait jamais au donateur de poursuivre directement l'exécution du *modus* (306). Puis, si l'on veut quelque chose de plus général et de plus décisif, Ulpien (L. 7 § 2, *De pact.*) nous apprend qu'au commencement du second siècle de l'ère chrétienne on contestait encore le caractère obligatoire des prestations convenues en retour et en échange d'une dation. Celsus ne l'admettait point; cela paraît résulter du texte d'Ulpien, et tout à l'heure une décision de Celsus lui-même nous le prouvera. Enfin cette doctrine de Celsus, qui avait été la doctrine primitive de tous, nous la retrouverons, mais due cette fois à quelque plume attardée ou ignorante, jusque dans un rescrit de Dioclétien, c'est-à-dire à une époque où elle était universellement abandonnée (t. II, p. 571).

Ainsi la *datio ob rem* n'atteint pas son but. Mais cela ne veut pas dire qu'elle ne produise aucun effet. Si l'aliénateur n'est point autorisé à exiger la prestation convenue à son profit, du moins peut-il, à compter du jour où elle a dû être effectuée et aussi longtemps qu'elle ne l'est pas, redemander la chose qu'il a donnée. A cette fin, on lui accorde une *condictio ob rem dati* ou *causa data causa non secuta*, action exclusivement fondée sur ce principe que nul ne doit s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui (L. 65 § 4, *De cond. ind.*, XII, 6). On peut donc sans inexactitude dire que l'acquéreur est obligé; mais son obligation présente deux particularités remarquables : elle a pour objet, non point la chose qu'il est convenu de donner ou de faire, mais la restitution même de ce qu'il a reçu, et d'autre part elle est subordonnée à cette condition *s'il ne peut ou ne veut exécuter la convention*. De cette donnée générale il résulte que si je vous ai livré l'esclave Pamphile pour obtenir de vous l'esclave Stichus, et qu'ensuite ce dernier périsse par cas fortuit, je répéterai néanmoins Pamphile. C'est ce que décide Celsus (L. 16, *De cond. caus. dat.*, XII, 4), et cette décision, qui a tant et si mal à propos tourmenté les interprètes, est d'une rigoureuse logique; car, comme Stichus n'était point l'objet de ma créance, sa perte ne vous

libère pas, et comme d'autre part elle rend l'exécution de la convention impossible, elle fait nécessairement accomplir la condition sous laquelle vous étiez obligé. En sens inverse, si c'était Pamphile qui vînt à périr fortuitement, il faudrait décider que je n'ai plus aucune action contre vous. C'est la conclusion qui ressort de la constitution de Dioclétien à laquelle je faisais allusion tout à l'heure (L. 4, C., *De dol. mal.*, II, 21) (1), et elle n'est qu'une conséquence forcée de la règle *debitor interitu rei debitæ liberatur*, car dans l'espèce votre obligation n'a plus d'objet, et il n'importe dès lors que la condition s'accomplisse ou défaille (2). Cette théorie, qui donnait à l'aliénateur une simple action de droit strict et ne reconnaissait à sa charge aucune obligation réciproque, qui par conséquent mettait de côté la convention des parties, fut remplacée par la théorie plus équitable et plus large des contrats innommés.

IV. — THÉORIE GÉNÉRALE DES CONTRATS INNOMMÉS (3).

648. Commençons par envisager ces contrats tels qu'ils nous apparaissent dans le dernier état de la doctrine romaine, c'est-à-dire à

(1) L'hypothèse prévue est celle-ci : vous entretenez des relations avec mon *ancilla*, en conséquence je vous la donne pour l'affranchir, et vous l'affranchissez; mais de votre côté vous devez me donner un autre esclave, et vous ne me le donnez pas. Quelle action puis-je avoir contre vous? Sans doute, si vous aviez fait l'affranchissement contre ma volonté, vous resteriez tenu de la *condictio*, comme ayant par votre fait détruit la chose due. Mais ici elle est inadmissible, et vous n'êtes tenu, dit le rescrit, que de l'action *de dolo*. Cela implique bien que, si au lieu d'un affranchissement nous supposions une perte fortuite, on me refuserait toute action : la *condictio*, parce que la chose due aurait cessé d'exister, et l'action *de dolo*, parce que dans l'espèce vous seriez exempt de dol.

(2) Au lieu de considérer la *datio ob rem* comme faisant naître une obligation conditionnelle de restituer, on pourrait n'y voir qu'une offre d'exécuter la convention. Ce point de vue, que j'ai adopté autrefois, cadre très bien avec les deux décisions que je viens de rapporter; mais comme une offre non acceptée peut toujours être révoquée, il aurait cette conséquence particulière de rendre la *condictio ob rem dati* recevable même avant l'expiration du délai dans lequel l'acquéreur doit donner ou faire. En ce sens on pourrait argumenter du *jus pœnitendi* que le droit classique reconnaît en certains cas à l'auteur de la dation; on pourrait soutenir qu'il n'est que le reste d'un *jus pœnitendi* autrefois général. Mais ce n'est là qu'une pure hypothèse; et, comme on le verra bientôt, ce *jus pœnitendi* s'explique suffisamment par la nature exceptionnelle des cas où il est admis (n° 648).

(3) L'expression *contrat innommé* n'est point dans les textes, mais ils la suggèrent très naturellement en reconnaissant qu'il y a des contrats que le droit civil n'a pas nommés, et en les appelant *negotia nova* (L. 7 §§ 1 et 2, *De pact.* — LL. 3

l'époque où ils sont unanimement reconnus et sanctionnés par l'action *præscriptis verbis*. Un contrat innommé n'est autre chose qu'une convention synallagmatique exécutée par l'une des parties, ou, ce qui revient au même, il résulte d'une prestation faite en vue d'obtenir une prestation réciproque (1). Mais cela, bien évidemment, suppose que la convention, soit qu'on l'envisage en elle-même ou après l'exécution unilatérale qu'elle a reçue, ne rentre dans aucun des contrats nommés (2). Si maintenant on se rappelle que toute prestation consiste nécessairement à donner ou à faire (n° 507), on aboutit à reconnaître la possibilité de quatre combinaisons différentes, ou, si l'on aime mieux, l'existence de quatre classes de contrats innommés. Paul les distingue par les formules suivantes : *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias* (3). Dans les quatre cas il appelle l'opération *datum ob rem*, *datum* s'appliquant à la prestation qui forme le contrat, et *res* à celle qui se trouve ainsi rendue obligatoire (L. 5 pr., *De præscr. verb.*, XIX, 5) (4).

et 22, *De præscr. verb.*, XIX, 5). Certains textes mentionnent des *contractus incerti* (L. 9 pr., *De reb. cred.*, XII, 1. — L. 1 § 6, *De pec. const.*, XIII, 5. — L. 18 pr., *De accept.*, XLVI, 4) ; or il est possible, et on l'a dit, que cette expression se rapporte aux contrats innommés. Mais elle peut très bien aussi, et cela est beaucoup plus probable, désigner les contrats nommés qui engendrent des actions *incertæ*.

(1) Il ne faut pas conclure de cette définition que les contrats innommés soient unilatéraux. J'accorde qu'en fait la coexistence de deux obligations réciproques sera chose fort rare ; elle est possible pourtant (L. 19 § 5, *De æd. ed.*, XXI, 1) ; mais ne le fût-elle pas, qu'importe? Si je vous vends ma chose que déjà vous détenez à titre d'usufruitier ou de fermier, dira-t-on que la vente cesse d'être synallagmatique, parce que mon obligation est en quelque sorte accomplie avant de naître? La vérité est que le caractère de la convention détermine ici celui du contrat (n° 870).

(2) Ainsi je vous donne de l'argent pour qu'au bout d'un certain délai vous me rendiez la même somme : la dation forme un *mutuum*. Ainsi encore, je vous donne telle somme pour que vous fassiez un tableau sur ma planche : il y a louage d'ouvrage (L. 5 § 2, *De præscr. verb.*, XIX, 5). Ainsi enfin, je vous donne dix sous d'or pour que vous me rendiez propriétaire de l'esclave Stichus : il y a vente. Telle est sur cette dernière espèce la doctrine de Paul (L. 5 § 1, *eod. tit.*). Toutefois Celsus (L. 16, *De cond. caus. dat.*) ne voyait là qu'un échange, sans doute parce que la convention implique un double transport de propriété. Mais le point de vue de Paul est bien plus rationnel, car un pacte adjoint peut grossir l'obligation du vendeur.

(3) Sur le vu de ces formules on comprend pourquoi les interprètes disent que les contrats innommés se forment *re*. La dation est certainement appelée *res* par tous les textes ; et quant aux faits eux-mêmes, ce langage n'est pas étranger aux Romains (L. 4, *De obl. et act.*, XLIV, 7. — Inst., pr., *De obl. quæ ex del.*, IV, 1).

(4) Grâce au sens étendu qu'affecte ici le mot *dare*, le cercle du *datum ob rem* paraît se confondre avec celui des contrats innommés. Mais à un autre point de vue il est plus large : en effet, on appelle *datio ob rem* toute translation de pro-

Quel est ici le sens précis des mots *dare* et *facere? Dare* désigne certainement toute aliénation sanctionnée par le droit civil, soit qu'elle ait pour objet la propriété elle-même ou un de ses démembrements. Mais ce mot n'embrasse-t-il pas aussi l'aliénation d'un fonds provincial, celle d'un droit réel d'origine prétorienne, et celle enfin d'un droit réel civil constitué par un simple mode prétorien ? J'estime que l'idée d'équité qui domine toute notre matière comporte cette largeur d'interprétation, et qu'en conséquence les contrats *do ut des* et *do ut facias* peuvent se former par toute aliénation émanée du véritable propriétaire, quelle qu'en soit la forme et quelle que soit la nature du droit réel (1). Quand au mot *facere*, sa signification est encore plus large ici que dans la matière du mandat : il s'applique donc soit aux faits juridiques, tels qu'une acceptilation, une stipulation et même un affranchissement (2), soit aux faits non juridiques qui se prêtent à une exacte appréciation précuniaire.

A. Presque toujours les deux prestations réciproques, dont l'une donne naissance au contrat et dont l'autre l'exécute, diffèrent par

priété faite *ut aliquid sequatur*, c'est-à-dire en vue d'un but à atteindre, soit que ce but dépende du fait de l'une des parties, du fait d'un tiers, ou même du hasard (L. 52, *De cond. ind.*, XII, 6. — L. 35 § 3, *De mort. caus. don.*, XXXIX, 6). Ce but n'étant pas atteint, la *condictio ob rem dati* peut toujours être exercée contre l'acquéreur. Mais cela veut-il dire que toujours aussi on le tienne pour obligé en vertu d'un contrat innommé? C'est ce qui me paraît au moins douteux (n° 648 *in fine*).

(1) Ai-je besoin d'ajouter qu'il y a toujours ici une question d'intention à examiner? Par exemple, si la convention porte que je vous rendrai propriétaire *jure civili* de l'esclave Stichus et que vous me transmettrez un droit pareil sur l'esclave Pamphile, le contrat ne pourra ni se former ni s'exécuter par une simple tradition. En vous livrant Stichus, je n'acquerrai pas le droit d'exiger Pamphile; et en me livrant Pamphile, vous ne vous libérerez pas. Des deux parts une mancipation sera nécessaire.

(2) On remarquera cependant que le pacte *de non petendo* ne saurait à lui seul donner naissance à un contrat innommé. Par exemple, je consens à vous faire remise de telle dette pour que vous me donniez tel esclave. Je ne puis pas vous demander cet esclave, car ce serait faire résulter une action d'un simple pacte. Il est vrai qu'on trouve au code (L. 6, *De trans.*, II, 4) la décision suivante : je voulais agir contre vous par la *querela inofficiosi*, puis j'y ai renoncé par simple pacte, à la condition que vous me délaisseriez une part déterminée des biens héréditaires. Je meurs ensuite, et cela avant d'avoir rien reçu. Mes héritiers peuvent alors vous demander l'exécution de la convention par l'action *præscriptis verbis*. Mais, qu'on le remarque bien, ce résultat tient à ce que ma mort, éteignant *ipso jure* la *querela*, a investi le pacte d'une efficacité qu'il n'avait pas par lui-même : elle l'a rendu irrévocable. Au surplus, l'action *præscriptis verbis* n'est donnée dans l'espèce que comme action utile, et cela confirme tout à fait mon point de vue.

leur objet. Telle est la règle invariable dans les contrats *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*. Telle est aussi l'hypothèse ordinaire dans le contrat *do ut des*, qui prend alors le nom particulier de *permutatio*. Cependant il est possible, et l'on en a vu des exemples (n° 655), que l'acquisition d'une chose ait pour condition l'obligation de la restituer à une époque ou dans un cas donné. Dirons-nous alors que cette restitution est réputée due en vertu d'un contrat innommé, et qu'en conséquence elle peut s'obtenir à l'aide de l'action par laquelle on sanctionne ces contrats, c'est-à-dire de l'action *præscriptis verbis* ? L'affirmative fut certainement admise en faveur du vendeur qui se prévaut d'un pacte résolutoire (n° 614) et en faveur de celui qui a constitué une dot sous la condition de la recouvrer après la dissolution du mariage (L. 1 § 13, C., *De rei ux.*, V, 13). Mais il y a dans ces deux hypothèses quelque chose de particulier : c'est que dès le début l'intention de faire naître une obligation à la charge de l'acquéreur est certaine. Aussi n'oserais-je généraliser cette doctrine et l'étendre aux cas où une telle intention n'existe que d'une manière tout à fait éventuelle, par exemple au cas d'une donation *mortis causa* (t. I, p. 765, note 1).

649. Reste à examiner à quel besoin la théorie des contrats innommés vint répondre, quelle fut la marche de sa formation, enfin quelle est la sanction de ces contrats. Il y a là trois questions bien distinctes.

Première question. — Si l'on considère l'état de choses qui précéda immédiatement la théorie des contrats innommés, on peut affirmer que nulle part elle ne vint combler un vide absolu. Elle donna seulement une satisfaction plus entière à l'équité. Quant aux hypothèses *do ut des* et *do ut facias*, je me suis expliqué par avance en traitant des pactes adjoints à une dation (n° 647). On a vu qu'à l'origine l'aliénateur pouvait bien répéter sa chose, mais non pas conclure à l'exécution de la convention. En résumé donc, il n'obtenait jamais qu'une condamnation mesurée sur la valeur actuelle de la chose par lui donnée; désormais il pourra se faire indemniser du dommage que lui cause l'inexécution de la prestation réciproque sur laquelle il comptait : ce sera l'objet de l'action *præscriptis verbis*. Quant aux hypothèses *facio ut des* et *facio ut facias*, pendant longtemps l'auteur du fait fut, en principe, dépourvu de toute espèce d'action. Parfois sans doute il en trouvait une dans le droit commun. Par exemple, le fait consistait-il en une remise matérielle de sa

chose (Ex. L. 17, §§ 2 et 3; LL. 18, 19 pr., 20, 22, *De præscr. verb.*) : il la revendiquait. Le fait avait-il enrichi la partie adverse : peut-être qu'une *condictio* était possible; elle l'était certainement lorsque ce fait consistait en une promesse (L. 1 §§ 2 et 3, *De cond. sine caus.*, XII, 7) (1). Mais cette revendication imposait au demandeur la preuve de son droit de propriété ; cette *condictio* se limitait à l'enrichissement réalisé par l'adversaire, et ni l'une ni l'autre ne tenaient compte du dommage résultant de l'inexécution de la convention. C'étaient donc là des protections tout à fait insuffisantes, et d'ailleurs, je l'ai déjà dit, exeptionnelles. Plus tard, quand l'action *de dolo* eut été créée par le préteur Aquilius Gallus, elle fut dans tous les cas mise au service de l'auteur du fait (L. 5 § 3, *De præscr. verb.*). Cette action pouvait, à raison de son caractère arbitraire, aboutir à l'exécution de la convention, et dans tous les cas elle assurait la pleine réparation du préjudice causé. Elle réalisait donc un véritable progrés. Mais, à la différence des actions contractuelles, elle était annale et non transmissible passivement. A ce double point de vue, il était véritablement utile de reconnaître la formation d'un contrat.

650. *Seconde question.* — La théorie des contrats innommés fut l'œuvre de la jurisprudence, et cela même nous avertit qu'elle ne naquit pas formée de toutes pièces et ne fut pas du premier coup acceptée par tous les jurisconsultes. C'est dans les hypothèses *do ut des* et *do ut facias* qu'elle apparut et triompha d'abord. A cet égard la doctrine se fixa, paraît-il, au commencement du second siècle, et cela sous l'influence du jurisconsulte Ariston (2), qui le premier la formula d'une manière générale. Dans toute dation tendant à obtenir une autre dation ou un fait, il reconnut une cause d'obligation aussi efficace que dans les conventions nommées et munies d'action par le droit civil (L. 7 § 2, *De pact.*). Mais du texte même où je puise ce renseignement deux choses paraissent ressortir : c'est que cette doctrine avait encore des contradicteurs, entre autres Celsus, et qu'Ariston lui-

(1) La même doctrine n'était-elle pas admise à l'égard de l'acceptilation ? Dans le dernier état du droit classique, cela ne fait l'objet d'aucun doute, et ce n'est qu'une conséquence de l'habitude prise par les jurisconsultes d'assimiler, autant qu'ils le peuvent, l'acceptilation à une dation (LL. 4 et 10, *De cond. caus. dat.*, XII, 4). Mais le premier de ces textes donne lieu de croire que cette application de la *condictio* était encore contestée au temps d'Ulpien, et c'est aussi ce qui résulte d'une constitution d'Alexandre Sévère (L. 4, C., *De trans.*, II, 4).

(2) Beaucoup de textes témoignent qu'Ariston exerça une action considérable sur la jurisprudence Romaine. Pline le Jeune, son ami et son correspondant, nous donne la plus haute idée de son savoir et de son caractère (*Epist.*, I, 22; VIII, 14).

même ne l'appliquait point aux hypothèses *facio ut des* et *facio ut facias* (1). Comment donc comprendre que l'on distinguât entre les dations et les faits? Et pourquoi, car c'est là toute la doctrine d'Ariston, valider les pactes adjoints à une dation, non les pactes adjoints à un simple fait? Voici, à mon sens, l'explication la plus rationnelle que l'on puisse donner : la dation est essentiellement un acte juridique, c'est à-dire que la loi en détermine les formes, les conditions et les effets. Dès lors pourquoi ne pourrait-elle pas, comme les contrats de bonne foi, soutenir et vivifier un pacte adjoint? C'est par cette considération que de tout temps l'aliénateur fut admis à répéter ce qu'il avait donné quand il n'obtenait pas la prestation convenue en retour. Il ne s'agissait donc ici que d'étendre un peu le droit civil et de passer par dessus la vieille règle qui restreignait l'obligation formée *re* au contenu de la *res* : on arrivait ainsi à reconnaître que le pacte adjoint à une dation devait non seulement produire un effet, mais produire directement l'effet voulu par les parties. Au contraire, l'immense majorité des faits n'ont aucun caractère juridique, par conséquent ne peuvent communiquer à un pacte adjoint la force qui leur manque à eux-mêmes. Il fallait donc s'écarter beaucoup du droit civil pour sanctionner d'une manière générale les contrats *facio ut des* et *facio ut facias*. Cependant une logique invincible devait à la longue amener ce résultat. Et d'abord, pourquoi le repousser quand le pacte s'ajoutait à un fait qui, comme une acceptilation ou une *manumissio*, constitue un véritable acte juridique? Pourquoi de tels faits n'auraient-ils pas eu la force d'une dation (2)? Que si le fait consistait en une remise matérielle, n'était-il pas raisonnable de l'assimiler au commodat, au dépôt et au gage? Car ces contrats ne sont que des pactes joints à une simple remise matérielle. En dehors de ces cas spéciaux, ne pouvait-on pas alléguer l'analogie du mandat? Enfin, quelle que fût la nature du fait exécuté, le Préteur, avons-nous vu, sanctionnait la violation de la convention par une action *de dolo*, ce qui, sous une forme détournée, aboutissait bien à en reconnaître le caractère obligatoire. Si donc, pour admettre qu'un pacte joint à un fait donnât naissance à un contrat, on ne pouvait pas toujours procéder par extension du droit civil, du moins pouvait-on argumenter du droit

(1) C'est d'ailleurs ce que prouvent positivement deux autres textes (L. 16, *De cond. caus. dat.*, XII, 4. — L. 16 § 1, *De præscr. verb.*).

(2) Le rapprochement que 'indique se dégage avec netteté de la loi 7 § 2 *in fine*, *De pactis*.

prétorien. Et c'est ce que l'on fit sans doute. Le contrat *facio ut facias*, autant que l'on peut en juger par les textes que Justinien nous a transmis, fut accepté sans grandes résistances. Mais, chose étrange, au commencement du troisième siècle, la plupart des jurisconsultes se refusaient encore à voir un contrat dans l'hypothèse *facio ut des*, et se contentaient de donner à l'auteur du fait l'action *de dolo*. C'est la doctrine que Paul présente en termes généraux, sans discussion ni motif, par conséquent comme certaine et encore régnante (L. 5 § 3, *De præscr. verb.*); et la compilation de Justinien nous en offre au moins trois applications, dont l'une bien antérieure à Paul (L. 16 § 1, *De præscr. verb.*), une autre contemporaine (L. 4, C., *De trans.*, II, 4), et la dernière postérieure de près d'un siècle (L. 4, C., *De dol. mal.*, II, 21). Cela signifie-t-il que cette doctrine exprime le dernier état du droit ? J'ai grand'peine à le croire. Et d'abord il est certain que des protestations s'élevèrent. Ainsi dans une espèce particulière où le fait exécuté consistait en une *manumissio*, Mauricianus et Ulpien critiquent Julien pour n'avoir point admis la formation d'un contrat (L. 7 § 2, *De pact.*). Le même Ulpien, raisonnant ailleurs sur une espèce où le fait prévu n'a rien de juridique, reconnaît encore l'existence d'un contrat, et cela par ce motif d'une portée générale que la convention de donner, appuyée sur l'exécution d'un fait, n'est plus nue (L. 15, *De præscr. verb.*) (1). Enfin, en l'an 230, un rescrit d'Alexandre Sévère applique la même doctrine (L. 6, C., *De trans.*), et cela est d'autant plus remarquable que quatre ans auparavant ce prince avait statué dans un sens opposé (L. 4, C., *De trans.*). Un revirement s'était donc opéré dans l'opinion des jurisconsultes qui formaient son conseil (2). Si maintenant on considère qu'il est impossible d'expliquer rationnellement pourquoi l'exécution d'un fait ne rendrait pas obligatoire une convention de donner tout aussi bien qu'une conven-

(1) Du reste, Ulpien, tenant compte de la doctrine générale, n'exclut pas l'action *de dolo*, et cela parce que, comme il nous l'apprend ailleurs (L. 7 § 3, *De dol. mal.*, IV, 3), cette action est recevable dès qu'il y a doute sur l'existence d'une autre action.

(2) Aux trois textes que je cite on pourrait être tenté de joindre la loi 22, *De præscriptis verbis*. Un tailleur ayant raccommodé mon habit en vue d'un salaire dont le chiffre n'a pas été fixé, Gaius le considère comme devenu créancier *ex contractu*, et assurément nous sommes ici dans l'hypothèse *facio ut des*, car le tailleur a fourni son travail, et je dois lui donner de l'argent. Si je laisse de côté ce texte, c'est que la simple remise de mon habit au tailleur a déjà formé un contrat *facio ut facias* qui n'a fait que se convertir en un contrat *facio ut des*.

tion de faire, on trouvera que l'admission définitive du contrat *facio ut des* est chose fort probable (1).

651. *Troisième question.* — J'ai déjà dit que dans le dernier état du droit, les contrats innommés sont invariablement sanctionnés par l'action *præscriptis verbis*. Mais cette action ne fut point créée pour eux : elle les précéda. Labéon, qui paraît l'avoir imaginée, l'appliqua d'abord en deux hypothèses où se rencontrent tous les éléments d'un contrat défini par le droit civil, et où pourtant il est difficile de classer et de qualifier le contrat. Par exemple, je charge mes marchandises sur un navire qui doit les transporter en un port déterminé. Presque toujours, je serai *locator operis*. En fait cependant, et surtout lorsque je suis le seul chargeur, on peut se demander si je n'ai pas entendu prendre le navire à bail plutôt que donner à bail le transport de mes marchandises. En d'autres termes, suis-je *conductor navis* ou *locator operis*, et par conséquent, est-ce l'action *conducti* ou l'action *locati* que je dois exercer? Dans le doute, Labéon me donne l'action *præscriptis verbis* (L. 1 § 1, *De præscr. verb.*). De même, lorsque je vous ai remis un objet pour le vendre et en garder le prix à titre de *mutuum*, il est certain que vous devez me restituer ou la chose elle-même si vous renoncez à la vendre, ou le prix si, après avoir vendu, vous ne voulez plus emprunter. Or, on serait bien tenté de me donner dans le premier cas l'action *depositi*, et dans le second l'action *mandati*. Mais en procédant ainsi, on commettrait une incorrection juridique ; car la nature

(1) Je dirai même qu'à cet égard la certitude résulte d'un mot maladroitement ajouté par Justinien à un texte de Paul (L. 5 § 2 *in fine*, *De præscr. verb.*). L'espèce est celle sur laquelle j'ai dit que Mauricianus et Ulpien avaient critiqué Julien : je vous ai donné Stichus pour obtenir de vous l'affranchissement de Pamphile, et je l'ai obtenu. Plus tard, une éviction vous enlève Stichus, d'où il résulte que je n'ai point fait naître le contrat *do ut des*. Mais en affranchissant Pamphile, vous vous êtes placé dans l'hypothèse *facio ut des*. Quelle est donc l'action qui vous compète? D'après Ulpien, Julien donnait une action *in factum* qui n'avait rien de contractuel. D'après Paul, dont l'exposé est un peu plus complet, Julien faisait une distinction : si j'avais été de mauvaise foi, j'étais tenu de l'action *de dolo*, sinon, d'une action *in factum* évidemment subsidiaire de celle de dol et qui par conséquent exclut tout à fait l'idée de contrat. Eh bien, que fait Justinien? Il ajoute à l'expression *in factum* le mot *civilem*, de telle sorte que cette action devient l'action *præscriptis verbis*. Pour être logique, ce prince aurait donc dû supprimer et la mention de l'action *de dolo* et la distinction faite par Julien entre le cas de bonne foi et le cas de mauvaise foi : mais sa pensée n'en est pas moins claire, il admet un contrat *facio ut des*, et par conséquent, lorsqu'il reproduit des textes contraires, il commet un anachronisme et une contradiction.

d'un contrat se détermine moins par ses résultats que par le but originaire des parties (L. 8 pr., *Mand.*, XVII, 1). C'est pourquoi ici encore Labéon veut que je recoure à l'action *præscriptis verbis* (L. 19 pr., *De præscr. verb.*) (1). Dès ses débuts donc, cette action nous apparaît avec deux caractères qu'elle conserva toujours : elle est essentiellement contractuelle (2), et elle ne se donne régulièrement qu'à défaut de toute autre action contractuelle (3). Cela étant, n'était-elle pas désignée d'avance et comme préparée exprès pour servir de sanction aux contrats innommés? Ce point de vue pourtant ne paraît pas avoir été celui de tous les jurisconsultes. Il y en eut qui, sans résister plus que les autres à l'admission de ces contrats, ne crurent pas nécessaire de les munir d'une action spéciale et uniformément la même en tous les cas. Pour ceux-là, et ce furent principalement des Sabiniens (4), il fallait, autant que possible, faire rentrer chaque espèce dans un des types reconnus par le droit civil, et par conséquent donner, à titre d'action utile, l'action du contrat le plus analogue ou le moins dissemblable. De cette tendance deux preuves déjà nous ont été fournies par la façon dont l'école Sabinienne concevait l'échange (n° 603) et garantissait les

(1) Dans ces hypothèses et autres pareilles où l'on trouve tous les éléments d'un contrat connu, mais où on ne sait quel nom lui donner, il faut dire, surtout si l'on se place dans la théorie définitive, qu'il y a contrat innommé. Le texte cité prouve que Labéon avait entrevu la notion de ces contrats, quoiqu'il ne l'eût pas dégagée en une formule générale.

(2) Du reste elle peut dériver d'un contrat tacite. Ainsi, dans un partage fait par le juge, les copartageants sont réputés s'obliger les uns envers les autres à raison de toute éviction fondée sur une cause antérieure ; l'éviction donnera donc lieu à l'action *præscriptis verbis* comme s'il y avait eu partage amiable (L. 14, C., *Fam. ercisc.*, III, 36. — L. 7, C., *Comm. utr. jud.*, III, 38).

(3) Cependant nous avons vu, par suite d'une transaction entre deux courants d'idées opposées, l'action *præscriptis verbis* et l'action *venditi* concourir pour l'exécution des pactes résolutoires adjoints à une vente (n° 614). Le même résultat se rencontre dans une hypothèse où un acheteur a fait défaillir la condition qui tenait la vente en suspens. Labéon ne donnait ici que l'action *præscriptis verbis*, et Ulpien, qui rapporte cette opinion, ne la rejette pas; mais, tenant la condition pour accomplie, selon les principes de son époque, il donne de plus l'action *venditi* (L. 50, *De contr. empt.*, XVIII, 1. — n° 536). Celsus admet également dans un cas particulier le concours des actions *mandati* et *præscriptis verbis* (L. 13 § 2, *Comm.* XIII, 6).

(4) Je suis loin de prétendre, comme on l'a fait quelquefois, qu'il y eût à cet égard un antagonisme absolu entre les deux écoles. Ainsi le Sabinien Pomponius admet l'action *præscriptis verbis* tant dans le contrat *do ut des* (L. 18 § 2, *Fam. ercisc.*, X, 2. — L. 26, *De præscr. verb.*) que dans le contrat *facio ut facias* (L. 9 § 3, *De dol. mal.*, IV, 3).

pactes résolutoires apposés à une vente (n° 614). Paul la laisse bien apercevoir aussi, lorsqu'à propos de deux espèces qui appartiennent au contrat *facio ut facias*, il hésite entre l'action de mandat et l'action *præscriptis verbis* (L. 5 § 4, *De præscr. verb.*). Enfin elle nous explique le silence absolu des commentaires de Gaius sur cette dernière action. Mais le point de vue Sabinien ne devait pas prévaloir : une bonne méthode exigeait que des contrats distincts de tous autres eussent aussi leur sanction distincte, et pour se convaincre que telle est bien la doctrine définitive, il n'y a qu'à rapprocher Gaius et Justinien dans certains passages de leurs Institutes (n° 615); mieux que cela, il n'y a qu'à mettre le Gaius des commentaires à côté du Gaius du Digeste (T. II, page 489, note 2) (1). En résumé donc, et comme conclusion du mouvement dont Labéon avait donné le signal, tout contrat innommé aboutit à l'action *præscriptis verbis*, comme toute action *præscriptis verbis* dérive d'un contrat innommé (2).

652. L'action *præscriptis verbis* n'est pas toujours la seule qu'engendre un contrat innommé. De même qu'à l'origine on distingua entre les pactes joints à une dation et les pactes joints à un fait, de même dans la théorie nouvelle on distingue encore si c'est par une

(1) Voyez aussi la loi 13 § 1, *De præscr. verb.*, où il est probable que les mots *id est præscriptis verbis* ont été ajoutés. Au surplus, il ressort des développements qui précèdent que l'action *præscriptis verbis* n'est pas une simple action utile. Si quelques interprètes ont professé cette doctrine, c'est parce qu'ils ont confondu le point de vue Sabinien et le point de vue Proculien. Quant au texte sur lequel ils s'appuient, l'explication que j'en ai donnée lui ôte toute portée (t. II, page 573, note 2).

(2) D'où vient la dénomination d'action *præscriptis verbis*? Les derniers mots d'une constitution d'Alexandre Sévère (L. 6, C., *De trans.*, II, 4) nous l'apprennent. En général la *demonstratio* d'une formule désigne par un mot technique le fait qui sert de base à l'action. Mais ici le mot technique fait défaut : on le remplace donc par l'énoncé détaillé du fait, et comme cet énoncé figure dans la *demonstratio*, donc en tête de la formule, on l'appelle *præscripta verba*. La même particularité nous fait comprendre pourquoi notre action est appelée *in factum* : cette désignation se rapporte à sa *demonstratio*, non point à son *intentio*. Enfin l'action *præscriptis verbis* est aussi qualifiée *civilis* et *incerti*. L'épithète *civilis* ne signifie pas simplement qu'elle ne dérive pas du droit honoraire, mais bien qu'elle est l'œuvre des prudents et fait partie de ce qu'on appelle en un sens étroit le *jus civile* (L. 2 § 5, *De or. jur.*, I, 2. — n° 23). L'épithète *incerti* peut faire allusion à la conception de l'*intentio* qui est *incerta;* elle s'expliquerait encore mieux, si l'on admettait avec quelques interprètes que le contrat innommé s'appelât lui-même *contractus incertus* (t. II, p. 571, note 3). Ces trois qualifications *in factum*, *civilis* et *incerti*, se rencontrent soit séparées, soit ensemble (L. 1 § 1 ; L. 5 § 3 ; LL. 6, 8, 9, *De præscr. verb.* — LL. 9 et 22, C., *De don.*, VIII, 54).

dation ou par un fait que le contrat a pris naissance. Est-ce par un fait : le créancier, tel est du moins le principe, n'a que l'action *præscriptis verbis* (L. 25, *De præscr. verb.*) (1). Est-ce par une dation : il peut toujours, s'il le préfère, répéter sa chose par la *condictio ob rem dati* (2). En d'autres termes, il choisit entre l'exécution et la résolution du contrat (L. 5 §§ 1 et 2, *De præscr. verb.*). Cette faculté de résolution ne doit point être envisagée comme un simple vestige de l'ancien droit conservé par routine. Deux motifs la justifient : d'abord le créancier n'a pu acquérir son droit de créance qu'en aliénant, on peut donc dire qu'il n'a aliéné que sous la condition de répéter s'il venait à n'être pas payé (3). En outre, cette répétition peut lui être beaucoup plus avantageuse que l'exécution du contrat (4) : par exemple la chose donnée a acquis depuis une plus-value considérable ; ou encore, s'il s'agit d'un contrat *do ut des*, la chose due s'est détériorée, et s'il s'agit d'un contrat *do ut facias*, le fait ne doit mettre dans le patrimoine du créancier qu'une valeur insignifiante (5). Il va de soi que la *condictio ob rem dati* n'est recevable qu'à partir du jour où l'action *præscriptis verbis* le serait elle-même, c'est-à-dire lorsque le débiteur a laissé passer le délai qui lui était accordé pour se libérer. De plus, et en ceci elle nous apparaît tout autre qu'elle n'était à l'époque où la *datio ob rem* ne formait pas encore un contrat, elle cesse lorsque par l'effet d'un pur cas for-

(1) Ce principe n'est pas absolu. J'ai déjà dit (n° 650) que certains faits juridiques, tels qu'une acceptilation ou une stipulation, peuvent donner lieu à la *condictio*, et dans le dernier état du droit, il est probable que cela est vrai de tous les faits, pourvu qu'ils aient enrichi la personne en faveur de qui ils ont été exécutés (L. 26 § 12, *De cond. ind.*, XII, 6). Mais cette condition même démontre l'insuffisance de la *condictio* basée sur un simple fait.

(2) Cette action s'appelle aussi *condictio causa data, causa non secuta*. En effet, la dation qui forme le contrat sert de cause à la prestation convenue en retour ; mais elle demeure elle-même sans cause tant qu'elle n'est pas suivie de cette prestation.

(3) En expliquant ainsi la *condictio ob rem dati*, je réfute l argument qu'on tire pour soutenir qu'une obligation naturelle ne peut jamais naître d'un simple pacte. En effet, a-t-on dit, la dation qui forme les contrats *do ut des* ou *do ut facias* n'est rien autre chose que l'exécution unilatérale d'un pacte synallagmatique. Or s'il y a des cas où cette exécution donne lieu à répétition, c'est que le pacte n'avait pas créé d'obligation naturelle. J'accorde cela ; mais qu'en peut-on conclure ? Une seule chose, et nul ne la conteste, c'est que les pactes n'engendrent d'obligation naturelle qu'autant que telle est la volonté des parties (n° 644).

(4) Tel est le cas ordinaire dans la donation *sub modo* (n° 306).

(5) Il est même possible que ce fait ne doive absolument rien lui rapporter, et alors on ne lui donne que la *condictio* (L. 7, *De præscr. verb.*).

tuit l'exécution de l'obligation devient impossible (L. 10, C., *De cond. ob caus. dat.*, IV, 6). Si donc je vous donne Pamphile pour que vous me donniez Stichus, et que Stichus meure sans votre faute, la *condictio* m'est enlevée tout aussi bien que l'action *præscriptis verbis :* telle est la décision formelle de Paul, bien différente de celle que nous avons vu donner par Celsus (T. II, p. 570), et fondée sur ce que dans la théorie nouvelle ce n'est pas Pamphile qui m'est dû, mais Stichus (L. 5 § 1, *in fine, De præscr. verb.*) (1).

A. En dehors de la *condictio ob rem dati*, l'auteur de la dation est quelquefois investi d'une *condictio* dite *ex pœnitentia;* en d'autres termes, il peut dissoudre le contrat par un simple changement de volonté signifié au débiteur. Cette faculté nous apparaît restreinte à deux ordres d'hypothèses où elle se justifie sans effort. C'est d'abord quand je vous ai donné de l'argent pour faire un voyage tout entier dans mon intérêt (L. 5 pr., *De cond. caus. dat.*, XII, 4) ; c'est, en second lieu, quand je vous ai rendu propriétaire de mon esclave pour l'affranchir, ou que je vous ai donné quelque chose, soit pour affranchir votre propre esclave, soit pour affranchir l'esclave d'autrui (L. 3 §§ 2 et 3; L. 5 §§ 1 et 2, *De cond. caus. dat.* — L. 27 § 1, *Mand.*, XVII, 1). Bien visiblement, dans de telles hypothèses vous ne poursuivez aucun intérêt personnel : dans l'une vous me rendez un pur service, dans l'autre vous vous faites l'instrument d'une générosité que je ne puis ou ne veux réaliser par moi-même. Si je vous donne quelque chose, ce n'est donc que pour vous indemniser, et en tout l'opération présente la plus grande ressemblance avec un contrat essentiellement révocable, avec le mandat. De là la *condictio ex pœnitentia* utile en deux cas seulement, savoir, lorsque le délai accordé au débiteur n'est pas encore épuisé et lorsque l'exécution du fait convenu est devenue impossible sans sa faute. Au surplus, le motif même qui justifie cette *condictio*

(1) Beaucoup d'interprètes, au lieu de reconnaître que Celsus et Paul partent de deux points de vue tout à fait opposés, se sont vainement efforcés de concilier leurs décisions. Les uns prétendent que d'après Paul la mort de Stichus n'éteint que l'action *præscriptis verbis* et laisse subsister la *condictio*. Mais alors pourquoi ces mots de Paul : *tu duntaxat culpam præstare debes*? D'autres veulent que Celsus suppose Stichus déjà mort au moment où se faisait la *datio ob rem*, de telle sorte que le contrat n'aurait pas pu se former ni l'action *præscriptis verbis* prendre naissance, et que la répétition du *datum* serait chose toute naturelle. Mais en pareille hypothèse la vente elle-même ne se formerait pas, et ce qui aurait été donné pourrait être répété. Or Celsus (L. 16, *De cond. caus. dat.*) présente sa décision comme établissant une différence entre le *datum ob rem* et la vente.

nous avertit qu'elle ne doit jamais appauvrir le débiteur et qu'en conséquence il lui sera tenu compte des frais déjà faits en vue de l'exécution (1).

V. — DE L'*Æstimatum* ET DE L'ÉCHANGE.

653. Parmi les contrats innommés, c'est-à-dire ignorés de l'ancien droit, il y en a plusieurs auxquels la langue vulgaire donne un nom : tels sont l'*æstimatum*, l'échange, le précaire et la transaction. Le précaire a déjà été étudié (nº 596), et la transaction le sera à propos de l'extinction des obligations (nºs 708 et 711). Je me bornerai donc à une notion sommaire de l'*æstimatum* et à quelques détails sur l'échange. Ce sont au surplus les deux seuls que Justinien ait nommés dans ses Institutes (§ 28, *De act.*, IV, 6).

Il y a *æstimatum* ou contrat estimatoire, lorsque je vous remets une chose pour la vendre, et que vous vous engagez à me rendre ou la chose elle-même ou une estimation dès à présent convenue entre nous. Pouvait-on voir là une vente, une *locatio operis*, une *locatio operarum*, ou un mandat? Ces quatre questions furent posées, et toutes les quatre reçurent une solution négative. Il n'y a pas vente, car un acheteur fait de la chose ce qu'il veut et n'est pas libre de la restituer pour échapper au payement du prix; il n'y a ni *locatio operis* ni *locatio operarum*, parce qu'on n'est pas sûr que l'*accipiens* réalise un bénéfice et que d'ailleurs le chiffre de ce bénéfice n'est pas dès à présent déterminé; enfin il n'y a pas non plus mandat, précisément parce que l'*accipiens* peut faire un bénéfice; en effet, s'il vend pour un prix supérieur à l'estimation, la différence sera pour lui. Notre hypothèse fut donc rejetée dans la catégorie des contrats innommés, et le *tradens* fut investi de l'action *præscriptis verbis*, qui prend ici le nom particulier d'*actio æstimatoria* (L. 1 pr., *De æstim.*, XIX, 3) (2).

(1) C'est à tort que certains interprètes ont voulu généraliser le *jus pœnitendi* et l'ont présenté comme résultant régulièrement de tout contrat innommé formé par une dation. Dans le contrat *do ut des* il n'est jamais admis, et les textes subordonnent absolument l'exercice de la *condictio* à la violation du contrat (LL. 5 et 7, C., *De rer. perm.*, IV, 64). Que telle fût aussi la règle générale dans le contrat *do ut facias*, c'est ce qui résulte d'un passage plusieurs fois cité de Paul (L. 5 § 2, *De præscr. verb.*).

(2) Dans ce texte le mot *æstimatoriam* doit être supprimé, ou bien il faudrait admettre contre toute vraisemblance que l'action *præscriptis verbis* était qualifiée *æstimatoria* dans toutes ses applications.

Supposons que la chose périsse ou se détériore entre les mains de l'*accipiens;* est-ce lui qui devra supporter la perte ou le dommage? A cet égard les textes distinguent trois hypothèses : si c'est lui qui a spontanément offert ses services au *tradens*, il est réputé s'être chargé même des cas fortuits. Si c'est au contraire le *tradens* qui les a sollicités, il ne répond plus que de son dol. Que si enfin les deux contractants se sont simplement rencontrés, c'est-à-dire si l'*accipiens* n'a fait que répondre à un appel qui s'adressait à tout le monde, il sera tenu de son dol et de sa faute. Telle est la doctrine de Paul (II, 4 § 4) et d'Ulpien (L. 17 § 1, *De præscr. verb.*) (1).

654. Il y a échange lorsque je vous donne une chose pour que vous m'en donniez une autre. Mais je suppose que les deux dations n'ont pas l'une et l'autre pour objet une même quantité de choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent, et que ni l'une ni l'autre n'a pour objet de l'argent : autrement l'opération s'analyserait en un *mutuum* ou en une vente. L'échange est la principale application du contrat *do ut des*, et il a chez les Romains une importance d'autant plus grande qu'il comprend tout partage, non seulement le partage purement conventionnel (L. 77 § 18, *De leg.* 2°, XXXI. — L. 23, C., *Fam. erc.*, III, 36. — L. 7, C., *Comm. utr. jud.*, III, 38), mais même celui qui est l'œuvre du juge (L. 14, C., *Fam. ercisc.*,) et celui que le père lui-même aurait fait de son vivant entre ses enfants (L. 20 § 3, *Fam. ercisc.*, X, 2). Je me propose de faire ressortir les différences essentielles qui séparent ce contrat de la vente. Elles sont au nombre de quatre :

1° On a déjà vu (n° 603) que l'échange, au lieu d'être purement consensuel comme la vente, se forme par un transport de propriété (L. 1 § 2, *De rer. perm.*, XIX, 4) (2). Si donc, pour obtenir de vous l'esclave Pamphile, je vous ai livré l'esclave Stichus qui ne m'appartient pas, il n'y a point de contrat (L. 1 § 3, *De rer. perm.*), et de là

(1) Comment se fait-il donc qu'ailleurs (L. 1 § 1, *De æstim.*) Ulpien mette absolument les risques à la charge de l'*accipiens?* C'est qu'il se réfère sans doute à la seule hypothèse qui présentât un caractère vraiment pratique. Il est fort probable, en effet, que le contrat estimatoire intervenait d'ordinaire entre un marchand et un de ces colporteurs qu'on appelait *circitores* (L. 5 § 4, *De inst.*, XIV, 3), gens pauvres et vivant au jour le jour, qui bien évidemment offraient leurs services beaucoup plus qu'on ne les leur demandait.

(2) Sous Justinien le transport de propriété ne suffit qu'autant que les parties ne se proposent pas de constater le contrat par écrit (L. 17, C., *De fid. instr.*, IV, 21. — n° 601).

deux conséquences : 1° vous avez beau conserver la possession paisible de Stichus, cela ne suffit pas pour me permettre de vous demander Pamphile, je ne le pourrai qu'une fois l'usucapion accomplie (1). Au contraire, le vendeur de la chose d'autrui exige valablement le prix tant que l'acheteur n'est pas évincé ou sérieusement menacé de l'être (n° 611); 2° supposons maintenant qu'une éviction vous enlève Stichus, aurez-vous un recours contre moi? Oui, si vous m'avez déjà donné Pamphile, car alors vous avez vous-même formé le contrat; non, si vous ne me l'avez pas encore donné, car ici l'éviction prouve simplement qu'il n'y avait rien de fait. Au contraire, en cas de vente de la chose d'autrui, l'acheteur qui n'a point encore payé son prix au moment de l'éviction peut néanmoins recourir par l'action *ex empto*, quelquefois même par l'action *ex stipulatu duplæ* (n°s 606 et 607).

2° Tandis que dans la vente l'acheteur seul est absolument tenu de transférer la propriété, dans l'échange les deux parties doivent la transférer, l'une pour donner naissance au contrat, l'autre pour se libérer (L. 1 pr., *De rer. perm.*). Supposons donc que je vous aie donné Stichus pour que vous me donniez Pamphile, vous ne vous acquitterez point par le simple accomplissement de l'acte translatif; mais en me livrant Pamphile, vous devez, comme un vendeur et à plus forte raison encore, me faire une promesse *de evictione* (T. II, page 465, note 2); seulement cette promesse sera du simple et non du double (2). Que si Pamphile m'ayant été livré, je découvre qu'il ne vous appartenait pas, je pourrai dans tous les cas vous poursuivre sans attendre l'éviction. On sait qu'au contraire l'acheteur de la chose d'autrui ne peut agir *ex empto*, avant d'être évincé, que sous la condition d'établir le dol du vendeur (n° 610).

3° Tandis que dans la vente les rôles des deux parties sont tout à fait distincts, dans l'échange ils se confondent. D'une part, on peut dire de chaque échangiste qu'il est tout ensemble vendeur et acheteur, et c'est ainsi que l'un et l'autre seront, le cas échéant, tenus ou investis des actions édilitiennes qui compètent contre le vendeur à

(1) Jusque-là, je puis par une *condictio possessionis* reprendre ce que j'ai livré (L. 1 §§ 3 et 4, *De rer. perm.*),

(2) Aucune promesse ne peut être exigée de l'auteur de la première dation. En effet, au moment où il livre, il n'est pas encore obligé; et plus tard, lorsque la partie adverse a livré elle-même, il peut lui dire : vous avez suivi ma foi, vous deviez ou vous assurer que j'étais propriétaire, ou mettre pour condition à la formation du contrat que je ferais la promesse *de evictione*.

raison des vices rédhibitoires (L. 19 § 5, *De æd. ed.*, XIX, 1). Mais à d'autres points de vue, il faut dire que l'échangiste ne ressemble ni à un vendeur ni à un acheteur. Ainsi l'échange ne sera jamais rescindable pour lésion (n° 604 *in fine*) (1); et jamais non plus il ne comportera l'application d'une règle pareille à celle d'après laquelle les pactes obscurs s'interprètent contre le vendeur plutôt que contre l'acheteur (L. 39, *De pact.* — L. 21, *De contr. empt.*, XVIII, 1) (2).

4° Dans l'échange, comme dans tous les contrats innommés qui se forment par une dation, le créancier peut, avons-nous vu (n° 648), choisir entre deux actions personnelles dont l'une tend à faire exécuter le contrat et l'autre à le résoudre. Ce choix n'appartient jamais au vendeur non payé qui a fait la tradition; mais de deux choses l'une : ou il est resté propriétaire, et alors il peut revendiquer, ce qui ne l'empêche pas d'exercer l'action *venditi* pour obtenir des dommages-intérêts. Sa position est donc préférable à celle de l'échangiste. Ou, au contraire, il a cessé d'être propriétaire, et alors il n'a plus d'autre ressource que l'action *venditi*, de sorte qu'il est moins bien traité que l'échangiste; mais qu'il s'en prenne à lui-même, car un vendeur non payé est toujours libre de faire une tradition qui ne le dépouille ni de la propriété ni même de la possession (n° 230) (3).

(1) Cependant on a allégué une constitution de Dioclétien pour établir que dans le cas spécial d'un partage amiable la lésion donnerait ouverture à rescision (L. 3, C., *Comm. utr. jud.*, III, 38). Mais si telle est la doctrine de cette constitution, ses termes mêmes nous obligeraient à l'entendre de tous les contrats de bonne foi, ce qui est absolument inadmissible. Je serais plus porté à croire que Dioclétien vise l'*in integrum restitutio*.

(2) Cette règle ne s'applique d'ailleurs qu'en désespoir de cause, c'est-à-dire lorsque l'on ne peut, d'aucune façon, découvrir la commune intention des parties (L. 33, *De contr. empt.*).

(3) D'après la loi 16, *De cond. caus. dat.*, l'échange différerait encore de la vente en ce qui concerne les risques. Mais je n'ai pas dû relever cette différence, puisque, selon moi, elle se rapporte à l'époque ancienne où l'échange n'était pas encore classé parmi les contrats (n° 647, dernier alinéa).

DES OBLIGATIONS QUASI EX CONTRACTU.

SOMMAIRE : I. Quels sont les principaux faits qui engendrent des obligations quasi-contractuelles. — II. De la gestion d'affaires. — III. De l'indivision. — IV. Du payement de l'indu.

I. — QUELS SONT LES PRINCIPAUX FAITS QUI ENGENDRENT DES OBLIGATIONS QUASI-CONTRACTUELLES.

Lib. III, tit. XXVII, *De obligationibus quasi ex contractu*, pr. — Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus quæ non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

Après avoir énuméré les diverses espèces de contrats, voyons les obligations qui ne naissent pas véritablement d'un contrat, mais qui néanmoins, n'ayant pas leur origine dans un délit, sont réputés naître comme d'un contrat.

§ 2. — Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur, nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur; sed, quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutuæ sunt actiones : non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem, sed ex contrario tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit (Gaius, L. 5 § 1, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

Pareillement, les tuteurs, qui sont tenus de l'action de tutelle, ne sont pas à proprement parler obligés en vertu d'un contrat, car le tuteur ne contracte pas avec le pupille; mais leur obligation ne résultant pas non plus d'un délit, on les répute obligés comme en vertu d'un contrat. Et dans ce cas il y a des obligations réciproques : en effet, non seulement le pupille a l'action de tutelle contre son tuteur ; mais, en sens inverse, le tuteur a l'action contraire de tutelle, lorsqu'il a fait des dépenses, s'est obligé ou a engagé sa propre chose, le tout dans l'intérêt du patrimoine du pupille.

§ 5. — Heres quoque legatorum nomine non ex contractu obligatus intelligitur; neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest, et tamen, quia ex maleficio non est obligatus heres,

De même l'héritier, en ce qui concerne les legs, n'est pas véritablement obligé en vertu d'un contrat, car on ne peut pas dire que le légataire ait contracté soit avec lui, soit avec le défunt; et pourtant, comme l'héritier n'est pas obligé en vertu d'un délit,

quasi ex contractu debere intelligitur (Gaius, L. 5 § 2, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

on le tient pour obligé comme en vertu d'un contrat.

655. Je me suis déjà expliqué (n° 492) sur le caractère général des obligations qui naissent *quasi ex contractu* : ce sont celles qui ont une cause licite autre qu'une convention (pr. *sup.*). Reste à présenter deux observations : 1° les Romains ne distinguent pas entre l'obligation qui suppose la volonté de l'une des parties et celle qui ne la suppose pas (1). Ainsi, qu'il s'agisse d'un héritier externe ou d'un héritier nécessaire, c'est toujours *quasi ex contractu* qu'il est tenu envers les légataires. Telle est également la source invariable qu'on assigne aux obligations réciproques du tuteur et du pupille, et cela quand même il s'agit d'un tuteur qui n'avait pas d'excuse à faire valoir; 2° c'est une règle générale que les obligations quasi-contractuelles qui n'impliquent pas le fait de l'obligé lui-même, mais celles-là seules, peuvent grever les personnes incapables comme les personnes capables. Ainsi j'oblige envers moi le fou dont je gère les affaires; mais le fou qui ferait un acte de gestion pour autrui ne s'obligerait pas (L. 46, *De obl. et act.*, XLIV, 7. — L. 3 § 5, *De neg. gest.*, III, 5).

Comme faits assimilés à des contrats, les Institutes énumèrent la gestion d'affaires, la tutelle, l'indivision, qui engendrent des obligations réciproques et aboutissent à des actions de bonne foi, le testament et le payement de l'indû, qui obligent une seule personne et font naître des actions de droit strict (2). Sur la tutelle, je me contente de renvoyer à mes précédentes explications (nos 140 à 142, 148 à 150, 161. — § 2 *sup.*). Quant au testament, les obligations qui en dérivent ont été étudiées sous les noms de legs et de fidéicommis (nos 378 et s. — § 5 *sup.*) (3), et l'on se rappelle qu'elles ne se for-

(1) Cela explique pourquoi notre expression *quasi-contrat* n'a pas d'équivalent dans la langue latine. Je l'emploierai néanmoins sans scrupule, parce qu'elle m'épargnera l'embarras des périphrases.

(2) Ce n'est pas là une énumération limitative. Ainsi l'on peut considérer comme résultant *quasi ex contractu* l'obligation garantie par l'action *finium regundorum*.

(3) Sur le texte des Institutes (§ 5 *sup.*) on fera deux observations : 1° Justinien ne mentionne pas expressément les fidéicommis. Mais on sait que de son temps ils sont compris dans les legs. Cet oubli, au surplus, n'a rien d'étonnant, si l'on se rappelle que pendant toute la durée du droit classique les fidéicommis ne furent sanctionnés que par une *persecutio extra ordinem*, ce qui dénote toujours une obligation étrangère au pur droit civil; 2° quant aux legs, Justinien ne fait pas

ment d'une manière définitive que par l'adition d'hérédité (1). Il me reste donc à étudier la gestion d'affaires, l'indivision et le payement de l'indu.

II. — DE LA GESTION D'AFFAIRES.

Lib. III, tit. XXVII, *De obligationibus quasi ex contractu*, § 1. — Igitur, quum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones quæ appellantur negotiorum gestorum; sed domino quidem rei gestæ adversus eum qui gessit directa competit actio, negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est : quippe ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit; ex qua causa ii quorum negotia gesta fuerint etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium qui, subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia : quæ sane nemo curaturus esset, si de eo quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is qui utiliter gesserit negotia habet obligatum dominum negotiorum,

Donc lorsqu'une personne gère les affaires d'un absent, cela fait naître des actions réciproques qu'on appelle actions *negotiorum gestorum* : le maître a contre le gérant l'action directe, et le gérant a l'action contraire. Que de telles actions ne résultent pas d'un contrat, cela est évident; car elles naissent lorsqu'une personne dépourvue de mandat est venue d'elle-même gérer les affaires d'autrui; et par cette gestion le maître est obligé même à son insu. C'est ce que l'on a admis pour une raison d'utilité, afin que les affaires des absents, qui pris à l'improviste sont forcés de partir sans avoir confié l'administration de leurs biens à un mandataire, ne fussent point abandonnées; or nul ne s'en occuperait s'il devait n'avoir aucun recours pour ses dépenses. Mais de même que le maître dont les affaires ont été utilement gérées devient le débiteur du gérant, de même celui-ci de son côté doit

de distinction et ne devait pas en faire. On doit se rappeler en effet, que, de son temps, le legs, quoique transférant la propriété, engendre toujours une action personnelle, c'est-à-dire au fond une obligation (n° 380).

(1) C'est aussi par l'effet de l'adition que l'héritier se trouve tenu des dettes héréditaires, c'est-à-dire soit de celles qui grevaient le défunt lui-même, soit de celles qui sont nées depuis sa mort, et, si l'on peut ainsi parler, en la personne de l'hérédité (L. 7, *De reb. auct. jud.*, XLII, 5). Mais de telles dettes sont tout à fait indépendantes du sort du testament, et si elles grèvent l'héritier, c'est comme continuateur juridique de la personne du défunt, par conséquent en vertu de la cause originaire qui leur a donné naissance.

ita et contra iste quoque tenetur ut administrationis rationem reddat : quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem, nec sufficit talem diligentiam adhibuisse qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia (Gaius, L. 5 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7).

rendre compte de son administration ; et il est tenu de justifier de la plus entière diligence ; ce n'est donc pas assez, pour sa décharge, qu'il se soit montré aussi diligent qu'il avait l'habitude de l'être pour ses propres affaires, cela toutefois, si l'on est certain qu'un autre eût pu avoir plus de soin et administrer mieux.

656. Il y a gestion d'affaires (*negotiorum gestio*), toutes les fois qu'une personne fait des actes relatifs au patrimoine d'autrui, mais cela sans mandat du véritable intéressé et néanmoins dans l'intention de l'obliger. Le gérant prend le nom de *negotiorum gestor*, et le tiers intéressé s'appelle *dominus*. La gestion d'affaires, à l'exemple du mandat dont elle ne se distingue que par le défaut de consentement réciproque, engendre deux actions : l'une, l'action *negotiorum gestorum directa*, est donnée au maître ; l'autre, l'action *negotiorum gestorum contraria*, est donnée au gérant (1). L'une et l'autre sont établies dans l'intérêt des absents qui n'ont pas laissé de mandataire général. D'une part, en effet, si le gérant n'avait pas de compte à rendre, les biens des absents deviendraient aisément la proie d'envahisseurs avides, de là l'action *directa* ; d'autre part, si le gérant qui a sagement administré n'avait pas de recours, cela paralyserait la bonne volonté des honnêtes gens disposés à prendre en main les intérêts de l'absent, de là l'action *contraria* (L. 1, *De neg. gest.*, III, 5. — L. 5 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7) (2). Comme on le voit par la précédente définition, le quasi-contrat de gestion d'affaires ne se forme que par la réunion de trois conditions :

1° Il faut que les actes de gestion se réfèrent réellement au patrimoine d'un tiers, non à celui du gérant. Donc lorsque par hasard j'ai fait ma propre affaire en croyant faire celle d'autrui, il n'y a pas de *negotiorum gestio* (L. 6 § 4, *De neg. gest.*). Mais que doit-on décider

(1) Il faut se rappeler que ces actions servent à sanctionner les obligations réciproques qui naissent de la curatelle (n° 176). Peut-être aussi à l'époque où l'action *contraria tutelæ* n'existait pas encore (n° 161), le tuteur qui avait géré utilement pouvait-il recourir par l'action contraire de gestion d'affaires.

(2) Aussi, lorsqu'on lit au Digeste (L. 36, *De reg. jur.*, L, 17) que l'immixtion dans les affaires d'autrui constitue une faute, il faut se garder de donner à cette affirmation une portée absolue.

dans le cas où l'affaire intéresse tout à la fois le gérant et un tiers? Les Romains font ici une distinction d'une application souvent fort délicate. Si le gérant a pu séparer son intérêt personnel de celui du tiers et n'agir que pour son propre compte, le quasi-contrat de gestion d'affaires se forme sans difficulté; sinon, il ne se forme pas. Supposons, par exemple, qu'une maison étant indivise entre deux propriétaires, l'un deux, à la demande d'un voisin, s'oblige pour le tout par la *stipulatio damni infecti;* nous dirons que relativement à la part de son copropriétaire il est *negotiorum gestor*, car il pouvait ne s'obliger que pour sa propre part. Si au contraire il avait fait réparer la maison ou l'avait donnée à bail, l'acte ne constituerait plus une *negotiorum gestio ;* car comme on ne peut ni réparer une part indivise ni la donner à bail, il a dû ou s'abstenir absolument, ou en agissant pour lui-même agir aussi pour son copropriétaire, et alors, ainsi que nous le verrons bientôt, c'est dans l'action en partage que l'obligation née de la gestion trouve sa sanction (L. 6 §§ 2 et 7, *Comm. div.*, X, 3. — n° 658) (1). La même distinction nous explique pourquoi le créancier qui administre les biens de son débiteur en vertu d'une *missio in possessionem* est tenu et investi d'une action *de dolo* ou *in factum*, et non point de l'action *negotiorum gestorum :* c'est qu'il lui est impossible de séparer son intérêt de celui des autres créanciers, et de celui du débiteur lui-même (L. 9 pr., § 4; L. 14 § 1, *De reb. auct. jud.*, XLII,5).

2° Il faut que le gérant ait agi sans le consentement du maître; en d'autres termes, il faut que ce dernier ait ignoré la gestion ou tout au moins n'ait pas pu l'empêcher; sinon, nous nous trouvons en présence d'un mandat tacite (L. 60, *De reg. jur.*, L, 17) (2). Deux questions

(1) Contrairement à ce qui vient d'être dit, je trouve l'action *negotiorum gestorum* donnée au copropriétaire d'un fonds dominant qui a défendu seul à l'action négatoire ou qui a fait réparer à ses frais le chemin établi pour l'exercice d'une servitude active (L. 37 § 1, *De neg. gest.* — L. 19 § 2, *Comm. div.*). Cependant il n'a pu ni défendre ni faire les réparations pour sa seule part. Pourquoi donc ne pas le renvoyer à l'action en partage? C'est que la servitude n'est pas indivise, elle appartient pour le tout à chaque copropriétaire et ne peut donner lieu à un partage. On ne confondra pas de telles hypothèses avec celle où le partage serait devenu impossible par la perte totale de la chose indivise. Ici les dépenses antérieures, que le copropriétaire n'a pas pu limiter à sa part, donnent lieu à une action *communi dividundo utilis* (Voir la première note placée sous le n° 829).

(2) Les textes présentent cependant quelques décisions contraires, mais cela dans des hypothèses exceptionnelles où le mandat n'a pas pu prendre naissance, et où d'ailleurs il est fort probable que les actions de gestion d'affaires ne sont données

s'élèvent ici : 1° le quasi-contrat de gestion d'affaires prend-il naissance lorsque le maître s'est formellement opposé à la gestion? Sans nul doute le gérant est tenu alors de l'action *directa negotiorum gestorum*, là n'est pas la difficulté; mais on se demande si lui-même est admis à recourir contre le maître. Or Justinien (L. 24, C., *De neg. gest.*, II, 19) nous apprend que quelques jurisconsultes lui donnaient l'action *negotiorum gestorum contraria*, les uns comme action directe, les autres comme action utile; mais lui-même s'appuyant sur l'opinion de Julien (1), décide que le gérant n'a aucune espèce d'action pour tous les actes qu'il a faits depuis le jour où l'opposition du maître lui a été signifiée par écrit devant témoins (2). En résumé donc le quasi-contrat ne se forme que d'un côté : le maître ne doit rien pour un service dont il ne voulait pas, et le gérant est considéré comme ayant agi *animo donandi* ; 2° la gestion d'affaires se transforme-t-elle en un mandat lorsque le maître ratifie les actes du gérant? Cette question, sur laquelle les interprètes ont longuement disserté, ne présente, on va le voir, qu'un fort médiocre intérêt de procédure. Et d'abord il est manifeste qu'en ratifiant la gestion, le maître se l'approprie et s'enlève le droit de la critiquer (3). Comme le dit Scévola (L. 9, *De neg. gest.*), l'utilité des actes du gérant est désormais tenue pour aussi certaine que si elle avait été judiciairement constatée; en d'autres termes, l'indemnité qui lui est due n'est pas moins étendue, pas moins complète que s'il n'avait fait qu'exécuter un mandat. Ceci posé, reste à savoir si, malgré la ratification, les obligations réciproques des parties demeurent sanctionnées par les actions *negotiorum gestorum*, ou si elles vont l'être par les actions *mandati*. En pure logique, il semble que les actions *negotiorum gestorum* doivent être maintenues, ou bien nous aurions un contrat de mandat qui ne se formerait qu'après son exécution (4). Mais que décident les

qu'à titre d'actions utiles (L. 19 § 2, *De neg. gest.* — LL. 6 et 7, *Ad. s. c. Vell.*, XVI, 1).

(1) Cette opinion avait très probablement prévalu bien avant Justinien (L. 8 § 3, *De neg. gest.* — L. 6 § 2; L. 40; L. 53, *Mand.*, XVII, 1).

(2) Du reste, il n'est pas douteux, quoique ce point eût soulevé quelques difficultés, que si l'affaire concerne deux copropriétaires ou deux associés, l'opposition de l'un n'empêche pas l'autre d'être tenu pour sa part (L. 8 § 3, *De neg. gest.*)

(3) C'est là, quand il s'agit d'actes licites, toute la signification que j'attribue à la règle *ratihabitio mandato comparatur* (L. 12 § 4, *De sol.*, XLVI, 3). Je m'expliquerai plus loin sur la façon dont il faut entendre cette même règle en matière de délits (n° 670).

(4) M'opposera-t-on que d'après certains textes la ratification rétroagit (L. 56, *De jud.*, V, 1. — L. 16 § 1, *De pign. et hyp.*, XX. 1. — L. 7, C., *Ad. s. c. t. Mac.*,

textes ? En ce qui concerne le gérant, Pomponius lui donnait l'action *contraria mandati* (1) ; mais Scévola, qui rapporte cette opinion, la repousse en termes absolus; à ses yeux, la ratification n'altère point le caractère originaire des rapports juridiques qui existent entre les parties, et en conséquence, c'est par l'action *negotiorum gestorum* que l'une et l'autre agiront (L. 9, *De neg. gest.*). Telle est aussi la doctrine que de nombreux textes appliquent sans discussion (L. 6 §§ 9 et s., *De neg. gest.* — LL. 9 et 19, C., *De neg. gest.* — L. 3, C., *De rei vind.*, III, 32. — L. 3, C., *De contr. et comm. stip.*, VIII, 38) ; et il est probable que les interprètes eux-mêmes ne l'eussent pas discutée, si l'on ne rencontrait au Digeste une décision contraire d'Ulpien (L. 60, *De reg. jur.*) (2). Au surplus, à l'époque classique l'intérêt de la question se résume à savoir si c'est une gestion d'affaires ou un mandat qu'il faut mentionner dans la *demonstratio ;* or une erreur dans cette partie de la formule ne compromet jamais le droit du demandeur (Gaius, IV, § 58). Que si nous envisageons le dernier état de la législation, cet intérêt tel quel a lui-même disparu, puisque le demandeur qui s'est trompé sur la cause de son action est toujours admis devant le juge à rétablir la vérité (Inst., § 35, *De act.*, IV, 6).

3° Il faut que le gérant ait agi dans l'intention d'obliger un tiers (3).

IV, 28. — L. 25, C., *De donat. int. vir.*, V, 16) ? Je réponds que cette rétroactivité peut bien avoir pour effet de valider ou d'invalider certains actes dont le sort dépendait de celui de l'acte ratifié (L. 58 § 2; L. 71 §§ 1 à 3, *De Sol.*, XLVI, 3), mais qu'elle ne saurait aller jusqu'à faire supposer l'existence d'une convention qui n'a jamais eu lieu.

(1) Est-ce à dire que Pomponius admît, à proprement parler, une substitution des actions *mandati* aux actions *negotiorum gestorum?* Non ; car cela eût impliqué, contrairement aux principes, qu'une action peut s'éteindre par la seule volonté de l'homme. Pour échapper à cette critique, Pomponius disait que le nom et la nature de l'action restaient provisoirement *in pendenti* jusqu'à ce que le maître eût ratifié ou refusé de ratifier. Selon le parti qu'il prenait, le mandat était réputé avoir existé dès le début ou n'avoir jamais existé.

(2) On a tenté de mettre Ulpien d'accord avec les autres jurisconsultes, et cela de la façon suivante : son texte contient deux phrases, et c'est dans la seconde que l'action *mandati* est donnée contre le maître qui ratifie. Mais la première phrase se réfère à un acte de gestion qui consiste à intercéder pour autrui, par exemple à se porter fidéjusseur. Donc, conclut-on, la seconde vise aussi cette même hypothèse. Or, quand je ratifie l'engagement du fidéjusseur, je lui donne par cela même mandat de payer ma dette. Dès lors rien d'étonnant si je suis tenu envers lui par l'action *mandati*. Mals Ulpien, dit-on, n'aurait pas donné la même décision, si la ratification ne fut venue qu'après le payement fait par le fidéjusseur.

(3) Par exception, lorsque de bonne foi je possède un homme libre comme esclave, l'exécution des ordres que je lui donne peut engendrer des actions *negotiorum gestorum* utiles, et pourtant il n'a pas pu, se croyant esclave, songer à m obliger (L. 6 § 5; L. 19 § 2, *De neg. gest.*).

Du reste, peu importe qu'il ait en même temps voulu exécuter un mandat donné par une autre personne : en pareil cas, le mandat et la gestion d'affaires se forment simultanément (L. 3 § 11, *De neg. gest.*). A plus forte raison n'examine-t-on pas s'il s'est trompé sur l'identité du véritable intéressé ou s'il s'est imaginé avoir reçu de lui un mandat qu'en réalité il n'avait pas : de telles erreurs laissent toute sa force à l'intention du gérant (L. 3 pr. et § 1 ; L. 45 § 2, *De neg. gest.*). L'essentiel est donc qu'il n'ait pas cru faire sa propre affaire (L. 14 § 1 ; L 29 pr., *Comm. div.*, X, 3). S'il l'a cru, les actions *negotiorum gestorum* ne prennent pas naissance, et voici quelle est alors la position des parties : le maître, protégé par la maxime que nul ne peut s'enrichir sans cause légitime aux dépens d'autrui (L. 206, *De reg. jur.*), aura une *condictio* pour dépouiller le gérant de son profit, mais il ne sera point admis à critiquer la gestion. Telle est la décision donnée par Julien et rapportée par Africain (L. 23, *De reb. cred.*, XII, 1). Il est vrai qu'ailleurs ce même Africain donne au maître l'action *negotiorum gestorum;* mais, comme il la limite à l'enrichissement du gérant, il s'écarte aussi bien que Julien des véritables règles de la gestion d'affaires, et la dissidence ne porte en réalité que sur le nom de l'action (L. 49, 1re ph., *De neg. gest.*). Quant au gérant, il recouvre ses dépenses utiles toutes les fois qu'une exception *doli mali* peut lui suffire à cette fin, et cela suppose que les dépenses ont été faites sur une chose qu'il possède encore. Mais en principe on ne lui donne aucune action. Il est donc sans ressource quand il ne possède pas, doctrine d'autant plus inique qu'à coup sûr il n'a pas eu l'intention de faire un sacrifice, mais doctrine certaine, comme nous l'avons vu à propos des constructions et plantations faites sur le sol d'autrui (nos 256 et 257. — L. 48, *De rei vind.*, VI, 1) (1).

(1) Il y a pourtant certains cas où celui qui a cru faire sa propre affaire est investi de l'action *negotiorum gestorum contraria*. Ainsi Africain la donne au possesseur de bonne foi d'une hérédité, lorsqu'il a acquitté des legs portant sur des choses dont lui-même était propriétaire (L. 49, 2e ph., *De neg. gest.*). Ainsi encore Papinien la donne à ce même possesseur, lorsque pour se conformer à la volonté du défunt il lui a élevé un monument (L. 50 § 1, *De her. pet.*, V, 3). Mais ce sont là des décisions tout à fait spéciales. En effet, dans l'hypothèse d'Africain, le possesseur a libéré le véritable héritier, ce qui n'arrive pas en général quand il paye une dette du défunt ou un legs (L. 19 § 1, *De cond. ind.*, XII, 6. — L. 38 § 2, *De sol.*, XLVI, 3) ; et dans l'hypothèse de Papinien, il a dû élever le monument sous peine d'y être contraint par les pontifes ou par le prince. Donc il ne faut pas, à l'exemple de certains interprètes, voir dans ces deux décisions la négation du prin-

657. Les obligations qu'engendre la gestion d'affaires ressemblent beaucoup à celles que nous avons vu naître du mandat. L'essentiel est donc de marquer en quoi elles en diffèrent. Toutes les différences qui vont être relevées se rattachent à cette donnée première que l'immixtion du gérant dans les affaires d'autrui est toute spontanée, et que si parfois elle prouve son dévouement personnel au maître, ce dévouement néanmoins n'a pas pour corrélatif nécessaire la confiance de celui-ci.

Trois obligations incombent au gérant :

1° Il doit achever l'affaire dont il s'est une fois chargé. Ce qui le sépare ici du mandataire, c'est que la mort du maître ne le dégage pas (L. 21 § 2, *De neg. gest.*) ; 2° il doit rendre compte de sa gestion (§1 *sup.*), et, par les mêmes procédés que le mandataire, en transporter tous les bénéfices au maître ; 3° enfin, plus sévèrement traité que ne le fut longtemps le mandataire, il répond de toute faute que n'eût point commise un père de famille diligent, mais il ne répond pas des cas fortuits (§ 1 *sup.* — L. 22, C., *De neg. gest.*) (1). Ces règles toutefois ne sont pas absolues. En effet, lorsque la gestion a été déterminée par une veritable nécessité, lorsqu'elle a eu pour but d'éviter une perte au maître, le gérant n'est plus tenu que de son dol (L. 3 § 9, *De neg. gest.*) ; mais en sens inverse, il supporte les cas fortuits occasionnés par des actes qui n'étaient point dans les habitudes du maître (L. 11, *De neg. gest.*).

cipe que j'ai posé ; et il ne faut pas non plus y voir la manifestation d'une exception, qui comprendrait tous les payements de dettes ou de legs faits par un héritier apparent. Il est vrai qu'en ce dernier sens on a produit un argument très spécieux. on a dit que l'action *funeraria*, action prétorienne assez semblable à l'action *negotiorum gestorum* et qu'on donne à celui qui a fait des frais de funérailles qu'il ne doit pas supporter, compète même à l'héritier apparent (L. 14 § 11 ; L. 32 pr., *De rel.*, XI, 7). Mais l'analogie ne saurait être admise : car l'action *funeraria* est fondée sur un motif d'ordre public, et d'ailleurs ce qui prouve bien qu'elle n'est pas une simple copie de l'action *negotiorum gestorum contraria*, c'est qu'on la donne même à celui qui a fait enterrer le défunt nonobstant l'opposition de l'héritier (L. 14 § 13, *De rel.*).

(1) Parmi les fautes que le gérant peut commettre, il ne faut point compter certaines omissions qu'on imputerait à un mandataire. Par exemple, il a fait payer certains débiteurs et n'a pas fait payer les autres. Il n'y a là aucune faute, puisque régulièrement l'on doit avoir un mandat pour poursuivre les débiteurs d'autrui. Que si pourtant le gérant avait lui-même une dette envers le maître, et qu'elle soit devenue exigible dans le cours de sa gestion, il est réputé avoir payé entre ses propres mains, d'où cette conséquence que désormais la somme due est productive d'intérêts si elle ne l'était déjà antérieurement. Au surplus, on lui impute de s'être abstenu lorsque sans son immixtion les actes qu'il n'a pas faits auraient été certainement faits par une autre personne (L. 6 § 12, *De neg. gest.*).

Quant au maître, sa principale obligation consiste à rembourser les dépenses du gérant dans la mesure de leur utilité, ce qui implique le droit de les critiquer à raison de leur but ou de leur exagération, et c'est en quoi la situation du maître est préférable à celle du mandant tenu, lui, de rembourser toutes les dépenses même inutiles ou excessives qui n'ont rien de contraire au mandat. Du reste les dépenses qu'on appelle utiles en notre matière ne sont pas seulement celles dont le profit subsiste encore, ce sont toutes celles qui ont été faites utilement (1). Ainsi la maison que j'ai réparée brûle, l'esclave que j'ai soigné meurt; malgré ces accidents, ma conduite a été celle d'un bon père de famille, et je recouvrerai mes dépenses (L. 10 § 1 ; L. 23, *De neg. gest.*). (2). Comme conséquence de cette première obligation, le maître doit prendre à sa charge et exécuter lui-même toutes les obligations utilement contractées par le gérant.

A. Reste à faire deux observations spéciales au pupille : 1° à ne considérer que les principes généraux, on serait porté à croire que l'obligation du maître n'exigeant de sa part aucun consentement, le pupille peut être obligé en cette qualité, même sans l'*auctoritas* de son tuteur. Mais les Romains n'ont point admis cette doctrine. Le pupille, disent-ils, n'est tenu que dans la mesure de son enrichissement, et cela sans doute parce que le gérant a commis une faute en se passant de l'intervention du tuteur (L. 37 pr., *De neg. gest.* — L. 2, C., *De neg. gest.*). (3). Mais ce motif n'existe plus quand la gestion s'applique à des biens qui n'appartiennent pas encore au pupille et qui peut-être lui seront acquis plus tard, par exemple à une hérédité encore jacente qui lui est déférée ; en pareille hypothèse, le pupille faisant adition se trouvera obligé envers le gérant comme le serait une personne pubère (L. 21 § 1, *De neg. gest.*) ; 2° que si le pupille a lui-même géré les affaires d'autrui, et cela sans l'*auctoritas* du tuteur, le droit commun veut qu'il ne soit pas lié au delà de son enrichissement. Néanmoins le jour où il intente l'action *contraria*, ses obligations de gérant peu-

(1) La même règle s'applique aux dépenses faites par un tuteur, par un curateur, ou par le possesseur de bonne foi d'une hérédité (L. 38, *De her. pet.*, V, 3).

(2) Il y a un cas cependant où l'obligation du maître ne dépasse pas le bénéfice effectif qu'il a retiré de la gestion. C'est lorsque, en fait, le gérant n'a eu d'autre mobile que la poursuite d'un lucre personnel, lorsqu'il a agi en spoliateur plutôt qu'en administrateur, *deprædandi causa*, dit Julien (L. 6 § 3, *De neg. gest.*).

(3) Cette doctrine n'a d'ailleurs aucun inconvénient sérieux; car le gérant peut agir dans l'intérêt du tuteur, et alors deux personnes seront obligées envers lui, le tuteur selon le droit commun, et le pupille jusqu'à concurrence de son profit (L. 6 pr., *De neg. gest.*).

vent lui être opposées par voie de compensation comme s'il eût été pubère et maître de ses droits, et cela sans doute s'explique par cette considération que le maître n'a rien à se reprocher (L. 3 § 4, *De neg. gest.*).

III. — DE L'INDIVISION.

Lib. III, tit. XXVII, *De obligationibus quasi ex contractu*, § 3. — Item si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit, non intelligitur proprie ex contractu obligatus, quippe nihil inter se contraxerunt; sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.

De même, lorsque deux propriétaires sont dans l'indivision indépendamment de toute société, par exemple parce qu'une chose leur a été léguée ou donnée en commun, et que l'un est tenu envers l'autre de l'action *communi dividundo* pour avoir seul perçu les fruits de la chose ou à raison des dépenses nécessaires que son copropriétaire a faites, on ne le répute pas véritablement obligé en vertu d'un contrat; car les copropriétaires n'ont pas contracté ensemble. Mais comme il n'est pas non plus tenu en vertu d'un délit, on l'assimile à celui qui est tenu en vertu d'un contrat.

§ 4. — Idem juris est de eo qui coheredi suo familiæ erciscundæ judicio ex his causis obligatus est.

Il en est de même à l'égard de l'héritier qui pour les mêmes causes est tenu de l'action *familiæ erciscundæ* envers son cohéritier.

658. L'indivision engendre essentiellement l'obligation de partager, obligation qui ne s'éteint, on l'a déjà vu, par aucune espèce de convention : la seule chose que les parties puissent faire, c'est de s'interdire réciproquement toute demande en partage avant l'expiration d'un délai donné (n° 361) (1). L'obligation de partager peut s'exécuter judiciairement, entre cohéritiers par l'action *familiæ erciscundæ*, entre tous autres copropriétaires par l'action *communi dividundo*, l'une et l'autre aboutissant à des adjudications qui font cesser l'indivision ou de plein droit ou *per exceptionem* (nos 248, 827 et s.). Mais cette obligation

(1) Les acquéreurs subséquents des copropriétaires sont liés par cette convention et en profitent (L. 14 § 3, *Comm. div.*).

peut aussi s'exécuter à l'amiable, et, en ce cas, il faut éviter de confondre la convention de partage, le contrat de partage et le partage lui-même. La convention de partage est celle qui détermine le lot de chacun. Soumise à la règle générale qui refuse de sanctionner les pactes, non seulement elle ne fait pas cesser l'indivision, mais elle ne crée pas d'obligation, elle ne peut que fournir une exception à la partie qui possède. Quant au contrat de partage, il existe dès que la précédente convention a été exécutée par l'une des parties à l'aide d'un transport de propriété ou d'une promesse, de telle sorte que l'un des copropriétaires ait, dès à présent, ou la propriété entière de son lot ou une action pour l'obtenir. Dès lors celui qui a aliéné ou promis peut agir comme ayant formé le contrat *do ut des* ou le contrat *facio ut des* (L. 45, *De pact.* — L. 21, C., *De pact.*). Enfin le partage lui-même, c'est-à-dire la cessation de l'indivision, résulte de la pleine exécution donnée au contrat de partage.

Outre l'obligation de partager, il y en a d'autres qui se rattachent à l'indivision d'une manière purement accessoire, je veux dire qu'elles ne peuvent se produire en dehors de l'état d'indivision, mais que cet état peut exister sans qu'elles se produisent. Ces obligations, qui doivent être sanctionnées par le juge de l'action en partage, dérivent de trois causes différentes : 1° l'un des copropriétaires a seul perçu les fruits ou les produits d'un fonds, et d'une manière plus générale il a retiré de la chose commune un bénéfice dont il doit compte à ses copropriétaires (§ 3 *sup.* — L. 22 pr. ; L. 56, *Fam. erc.*, X, 2. — L. 11, *Comm. div.*, X, 3) ; 2° en sens inverse, il a détérioré, détruit ou laissé périr par sa faute un objet commun (Inst., § 4, *De off. jud.*, IV, 17. — L. 19, C., *Fam. erc.*, III, 36). Toutefois on remarquera que les copropriétaires, à l'exemple des associés et pour le même motif, ne répondent que des fautes qu'ils ne commettent pas dans la gestion de leurs propres affaires (L. 25 § 16, *Fam. erc.* — N° 627) ; 3° enfin, l'un des copropriétaires a fait des dépenses, ou, ce qui revient au même, a contracté des obligations relativement à la chose commune. Mais deux conditions sont exigées pour que ces dépenses soient prises en considération par le juge de l'action en partage. Il faut d'abord qu'elles aient été nécessaires ou utiles (L. 4 § 3 ; L. 6 pr. et § 3 ; LL. 11, 12, 22, *Comm. div.*) ; sinon, elles restent à la charge de celui qui les a faites (1). Il faut, en outre, que le copropriétaire ait agi en cette

(1) On a soutenu, contrairement à la généralité des textes qui ne distinguent pas, que le copropriétaire est dépourvu de recours pour les dépenses simplement utiles. En ce sens, on a surtout allégué les Institutes (§ 3 *sup.*) qui ne mentionnent,

seule qualité, c'est-à-dire, n'ait pas pu limiter la dépense à sa propre part; sinon, comme je l'ai précédemment expliqué, il n'aurait que l'action *negotiorum gestorum* (L. 18, *De her. vel act. vend.*, XVIII, 4. — L. 18 § 1; L. 20, C., *Fam. erc.* — N° 656), et cela n'est pas sans importance, puisque la faute du gérant d'affaires et celle du copropriétaire ne s'apprécient pas d'après la même mesure.

Reste une difficulté provoquée par le texte des Institutes (§ 3 *sup.*). Justinien ne visant ici que l'indivision établie en dehors du contrat de société, on pourrait croire que l'indivision entre associés ne forme point un quasi-contrat. Or certainement, ce serait là une erreur. D'une part, en effet, c'est toujours par l'action *communi dividundo*, et non jamais par l'action *pro socio*, que les associés demandent le partage; donc l'obligation de partager dérive toujours du seul fait de l'indivision, non du contrat de société (L. 1, *Comm. div.*, X, 3). D'autre part les indemnités que les associés se doivent par une suite plus ou moins directe de leur qualité de copropriétaires se poursuivent tout aussi bien par l'action *communi dividundo* que par l'action *pro socio*. Donc, soit qu'on les rattache au contrat de société ou au fait même de l'indivision, on est également dans le vrai (n° 626). Dès lors, on se demande pourquoi Justinien raisonne exclusivement sur l'indivision *sine societate*. Cela tient sans doute à ce que, devant traiter plus loin (§§ 4 et 5, *De off. jud.*, IV, 17) de l'obligation essentielle des copropriétaires, celle de partager, il la néglige ici; et alors ne se préoccupant que de leurs obligations accidentelles, il les envisage assez naturellement dans l'hypothèse où elles n'ont d'autre sanction que l'action en partage.

il est vrai, que les dépenses nécessaires. Mais je réponds que le but des Institutes est de montrer par des exemples comment des obligations peuvent naître entre copropriétaires, et non pas de déterminer limitativement quelles sont les dépenses qui autorisent le recours de l'un contre l'autre. On peut dire aussi, en s'appuyant sur un texte de Paul (L. 25 §§ 15, *Fam. ercisc.*), que par dépenses nécessaires les Institutes entendent celles que le copropriétaire n'a pas pu restreindre à sa part. Deux autres textes ont encore fourni des arguments. Mais l'un suppose des dépenses de pur agrément et par conséquent ne signifie rien (L. 27, *De neg. gest.*). L'autre statue dans l'hypothèse d'une femme qui, venant avec ses frères et sœurs à la succession du père commun, rapporte sa dot (L. 1 § 5, *De dot. coll.*, XXXVII, 7). Elle déduit, dit-on, les dépenses nécessaires et non d'autres. Mais, outre que les biens dotaux ne sont pas indivis entre la femme et ses frères ou sœurs, on remarquera que dans l'espèce les dépenses ont été faites par le mari propriétaire de la dot, et qu'en conséquence nous n'avons là qu'une application pure et simple du principe : *impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt* (Inst., § 37, *De act.*). La femme, tel est le sens du texte, rapporte tout ce qui lui est dû par son mari, et ne rapporte rien de plus. Mais cela ne veut pas dire que le juge de l'action *familiæ erciscundæ* ne doive pas tenir compte des dépenses utiles dont elle serait débitrice envers le mari.

IV. — DU PAYEMENT DE L'INDU.

Lib. III, tit. XIV, *Quibus modis, re contrahitur, obligatio*, § 1. — Is quoque qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit re obligatur ; daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio ; nam perinde ab eo condici potest *si paret eum dare oportere*, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione magis quam mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere, quum is qui solvendi animo dat magis distrahere voluit negotium quam contrahere (Gaius, III, § 91).

Pareillement, celui qui reçoit l'indu d'une personne qui paye par erreur s'oblige *re*, et cette personne répète contre lui par voie de *condictio ;* en effet, de même que s'il eût emprunté, il est tenu de la *condictio* ainsi formulée : *s'il paraît qu'un tel doit donner*. Aussi le pupille, auquel on a payé l'indu par erreur et sans l'autorisation de son tuteur, ne sera pas plus tenu de la *condictio indebiti* qu'il ne serait tenu à raison d'un prêt. Toutefois cette espèce d'obligation ne paraît pas résulter d'un contrat ; car celui qui donne en vue de payer se propose plutôt de dissoudre une obligation que d'en créer une.

Lib. III, tit. XXVII, *De obligationibus quasi ex contractu*, § 6. — Item is cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur proprie ex contractu obligatus, ut, si certiorem rationem sequamur, magis, ut supra diximus, ex distractu quam ex contractu possit dici obligatus esse : nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur ut distrahat potius negotium quam contrahat, sed tamen perinde, is qui accepit obligatur, ac si mutuum illi daretur, et ideo condictione tenetur (Gaius, L. 5 § 3, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

De même celui auquel on a par erreur payé l'indu est réputé devoir comme en vertu d'un contrat. Et la vérité est si bien que son obligation ne résulte pas d'un contrat, qu'en raisonnant avec une parfaite exactitude, on peut dire, et nous l'avons dit précédemment, que le fait qui oblige ici tend moins à créer qu'à dissoudre une obligation. En effet, celui qui donne de l'argent à titre de payement veut plutôt finir une opération juridique que contracter ; et néanmoins celui qui reçoit s'oblige comme s'il empruntait, et c'est pourquoi il est tenu d'une *condictio*.

§ 7. — Ex quibusdam tamen causis repeti non potest quod per errorem

Il y a des cas cependant où le payement fait par erreur ne peut

non debitum solutum sit. Namque definierunt veteres, ex quibus causis infitiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta per damnationem cuicumque legata fuerant. Nostra autem constitutio, quum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit, sed non omnibus legatariis præbuit, sed tantummodo in iis legatis et fideicommissis quæ sacrosanctis ecclesiis et ceteris venerabilibus locis, quæ religionis vel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt : quæ, si indebita solvantur, non repetentur.

pas être répété. En effet, c'est une règle posée par les anciens que là où la dénégation augmenterait la condamnation, on ne répète pas la chose indûment payée; c'est ce qui a lieu, par exemple, dans le cas de la loi Aquilia et dans le cas de legs. Mais, tandis que les anciens n'appliquaient cette règle qu'aux legs certains laissés *per damnationem*, et cela quel que fût le légataire, la constitution, par laquelle nous avons identifié les legs et les fidéicommis, veut que ce bénéfice compète en toute espèce de legs et de fideicommis, mais non pas à toute espèce de légataires : il faut, en effet, que les legs ou les fidéicommis aient été laissés aux saintes églises ou à d'autres lieux vénérables que l'on honore ainsi par religion et par piété. Quand donc de telles dispositions ont été indûment payées, on ne répète pas.

659. On appelle payement de l'indu une prestation faite à titre de payement et à laquelle il ne manque pour mériter ce nom que de correspondre à une dette réelle. Quand cette prestation consiste, comme c'est le cas ordinaire, à livrer une chose corporelle, elle transfère la propriété aussi bien que le ferait un véritable payement (n° 226). Mais elle peut servir de cause à une *condictio indebiti*, action personnelle fondée sur l'équité (L. 66, *De cond. ind.*, XII, 6) et par laquelle le *tradens* demande à recouvrer sa propriété. Étudions d'abord les conditions mises à l'exercice de cette action. Elles sont au nombre de trois :

1° Il faut, c'est presque une naïveté de le dire, que le *tradens* ait véritablement payé l'indu (§ 6 *sup.*), et, en fait, cela se conçoit de deux façons : peut-être n'était-il pas débiteur, et alors c'est que la dette ou n'existait pas du tout ou grevait une tierce personne; peut-être, au contraire, était-il débiteur, et alors c'est que la chose payée n'est pas la chose due ou que l'*accipiens* n'est pas le créancier. La *condictio indebiti* em-

brasse sans difficulté toutes ces hypothèses (L. 65 §9, *De cond. ind.*). Mais quelle est, en cette matière, la signification exacte que les Romains attachent aux mots *debitum* et *indebitum*? Nous aboutirons à une formule générale par l'analyse des trois décisions suivantes : 1° une simple obligation naturelle suffit pour exclure la *condictio indebiti* (L. L. 51 et 64. *De cond. ind.* — L. 16 § 4, *De fid.*, XLVI, 1). C'est donc qu'on élargit ici la portée du mot *debitum* qui d'ordinaire ne s'applique qu'aux obligations munies d'action (n° 491); 2° le payement fait *pendente conditione* peut être répété tant que la condition demeure en suspens, et à plus forte raison lorsqu'on est devenu certain qu'elle ne s'accomplira pas (L. 16 pr. ; L. 18, *De cond. ind.*) — L. 5 § 2, *De lib. leg.*, XXXIV, 3). Ici, à l'inverse de ce qu'on faisait tout à l'heure, on rétrécit le sens du mot *debitum* qui d'ordinaire s'étend aux obligations conditionnelles nées d'un acte entre-vifs (n° 537); 3° dans le cas où celui qui a payé était tenu d'une action, mais protégé par une exception, la *condictio indebiti* lui est tantôt refusée, tantôt accordée. On la lui refuse, lorsqu'il s'agit d'une simple exception temporaire ; car alors sa position est au fond celle d'un débiteur à terme (L. 56, *De cond. ind.*), et il est certain que le payement fait avant terme ne peut jamais être répété (L. 10, *De cond. ind.*) (1). Au contraire la *condictio* lui est accordée, telle est du moins la règle générale, lorsque l'exception était perpétuelle (L. 26 §§ 3 et 7, *De cond. ind.*,) et cela parce qu'à ne regarder que le résultat pratique, celui qui a une action condamnée à ne jamais aboutir est tout aussi dépourvu de droit que celui qui n'a pas d'action du tout (L. 112, *De reg. jur.*, L, 17) (2). Ce principe ne flé-

(1) En cas de *dies incertus*, la loi 16 § 1, *De cond. ind.*, paraît admettre la répétition du payement fait avant terme. Mais de deux choses l'une : ou il faut corriger le texte, ou peut-être il faut l'entendre d'une condition déguisée sous l'apparence d'un terme. Ce second parti me paraît de beaucoup le meilleur. En effet Ulpien établit quelque part une opposition entre *certa dies* et *incerta dies*, et le contenu de son texte prouve qu'il appelle *dies incerta* toute espèce de condition, même celle qui apparaît dans la forme (L. 38 §§ 16, *De verb. obl.*, XLV, 1).

(2) Il est quelquefois impossible de savoir au jour du payement si l'exception est perpétuelle ou temporaire. Par exemple, le créancier s'est interdit par une convention de rien demander à son débiteur *donec Titius consul fiat*. Quelle est pour le moment la situation des parties ? On l'ignore. En effet, acquiert-on la certitude que Titius ne sera jamais consul, la concession faite par le créancier se résout en un simple pacte *de non petendo intra diem*. Titius, au contraire, arrive-t-il au consulat, les choses se passent comme si dès le principe la remise eût été absolue. Supposons donc la dette payée alors que Titius n'a point obtenu et peut encore obtenir le consulat. La répétition sera-t-elle admissible? Papinien décide affirmativement (L. 56, *De cond. ind.*), et sa décision est vraie toutes les fois que le débiteur paye nonobstant une remise dont l'effet est suspendu par une con-

chit que dans les cas fort rares où l'exception est de celles qui ont pour but direct de punir le créancier plutôt que de protéger le débiteur (L. 40 pr., *De cond. ind.*) : si la répétition n'est point admise alors, c'est que des exceptions de ce genre, et telle est par exemple celle du sénatus-consulte Macédonien (1), n'empêchent pas le débiteur de rester tenu d'une obligation naturelle, obligation évidemment exclue par toute exception dont la véritable fin est de le protéger lui-même (L. 19 pr., *De cond. ind.* — L. 66, *De reg. jur.*) En résumé donc il y a payement de l'indu, toutes les fois que celui qui paye n'est pas tenu actuellement d'une obligation civile ou naturelle, ou est tenu d'une obligation purement civile qui n'a d'existence que *ipso jure*.

2° Il faut que le payement de l'indu ait été déterminé par une erreur (L. 1 § 1, *De cond. ind.*) (2). Sinon, l'opération s'analyse selon les cas, en une gestion d'affaires, en une *datio in solutum*, ou en une donation. Il y a gestion d'affaires, lorsque la dette existe, mais à la charge d'un tiers, et que mon intention n'est pas de le gratifier. Il y a *datio in solutum*, lorsque je paye une chose qui n'est pas l'objet de la dette et que le créancier n'est pas plus dans l'erreur que moi. Enfin, il y a donation dans tous les autres cas (L. 53, *De reg. jur.*). C'est du reste une question controversée, et sur laquelle les textes eux-mêmes n'accusent pas une doctrine ferme et uniforme, que de savoir si l'on tient compte ici de l'erreur de droit aussi bien que de l'erreur de fait. Au point de vue rationnel, et en supposant, ce qui est de rigueur, que l'erreur n'ait été ni trop grossière ni très-facile à

dition, et plus largement toutes les fois que le caractère temporaire ou perpétuel de l'exception qui lui compète est incertain.

(1) Telle est aussi l'exception tirée de ce que le créancier, étant magistrat, a refusé de délivrer une action dans les circonstances où lui-même prétend agir aujourd'hui (L. 3 §§ 7, *Quod quisq., jur. in alt.*, II, 2. — T. I, page 49, note 1). Je citerai encore les exemples suivants : 1° un créancier donne de l'argent au juge pour acheter sa décision (L. 2 § 2, *De cond. ob turp. caus.*, XII, 5. — L. 1, C., *De pœn. jud.*, VII, 49) ; 2° il se met par violence en possession de la chose due (L. 13, *Quod met. caus.*, IV, 2. — L. 7, *Ad leg. Jul. de vi priv.* , XLVIII, 7) ; 3° de même sous Justinien, un tuteur ou un curateur néglige de déclarer, avant son entrée en fonctions, qu'il est créancier du pupille ou de la personne soumise à la curatelle (n° 141). Dans ces trois cas la créance est perdue. L'est-elle *ipso jure* ou *per exceptionem*? Je l'ignore. Mais à coup sûr, il y a là une peine pour le créancier. Donc le débiteur reste tenu naturellement, et s'il vient à payer, la répétition lui est interdite (L. 19 pr., *De cond. ind.*).

(2) L'erreur, en notre matière, se réfère toujours au passé. Ainsi, qu'un locataire vienne à être privé fortuitement de la jouissance de la chose ; s'il a payé des loyers futurs, ce n'est pas par la *condictio indebiti* qu'il les répète (L. 19 § 6, *Loc. cond.*, XIX, 2).

éviter (L. 9 §§ 2 et 3, *De jur. et fact. ign.*, XXII, 6), on ne voit guère quel pourrait être le fondement d'une distinction. Cependant il est hors de doute qu'à partir de Dioclétien les constitutions impériales n'accordent la *condictio indebiti* que dans l'hypothèse d'une erreur de fait (LL. 6 et 10, C., *De jur. et fact. ign.*, I, 18. — LL. 6 et 7, C., *De cond. ind.*, IV, 5). La vraie difficulté consiste donc à rechercher si telle était déjà la doctrine classique ; et pour moi j'incline à l'affirmative, mais avec la conviction que les jurisconsultes ne se gênaient pas pour écarter l'application de la règle lorsque cette indulgence leur paraissait recommandée par les circonstances particulières du fait (1). C'est ce qui résulte d'une décision très formelle d'Ulpien (L. 1 pr., *Ut in poss. leg.*, XXXVI, 4), et ainsi s'expliquent tant de textes qui donnent la *condictio indebiti*, les uns sans distinguer entre les deux sortes d'erreurs (LL. 1, 7, 43, 54, 59, *De cond. ind.*), et les autres en paraissant se placer plus spécialement dans l'hypothèse d'une erreur de droit (L. 38 pr., *eod. tit.*) (2).

3° Enfin, il faut que le payement n'ait pas été fait en vertu d'une de ces causes exceptionnelles qui entraînent condamnation au double toutes les fois que le défendeur qui succombe a nié la dette (§ 7 *sup.* — L. 4, C., *De cond. ind.*). Prenons des exemples : je me croyais tenu *ex judicato* ou *ex lege Aquilia*, et pourtant il n'y avait ni jugement ni délit (3). Si j'ai payé, la répétition me sera refusée, et cela par cette

(1) Il y a toutefois des cas spéciaux où cette indulgence n'est jamais admise. Ainsi un héritier qui a acquitté l'intégralité des legs ne peut être admis à prouver qu'il ignorait la loi Falcidia (L. 9 § 5, *De jur. et fact. ign.* — L. 9, C., *Ad leg. Falc.*, VI, 50).

(2) Mais cela n'explique pas pourquoi Paul dit d'une manière générale que l'erreur de droit, à la différence de l'erreur de fait, nuit toujours à celui qui l'a commise (L. 9 pr., *De jur. et fact. ign.*). Cette affirmation, il est vrai, est contredite par Papinien qui distingue si celui qui allègue l'erreur tend à s'enrichir ou seulement à éviter une perte (LL. 7 et 8, *eod.*). Du reste il faut mettre en dehors de cette discussion les mineurs de vingt-cinq ans et les femmes : en notre matière, on ne leur oppose jamais d'avoir ignoré le droit. On ne l'oppose pas non plus aux gens sans instruction personnelle et qui en fait n'ont pas pu se procurer l'avis d'un jurisconsulte (L. 9 pr. et § 3, *eod. tit.*). A l'aide de ce tempérament on arrivait sans peine à rendre le principe tout à fait inoffensif.

(3) Comment comprendre de telles erreurs ? Quant au délit de la loi Aquilia, rien de plus simple ; car on peut le commettre sans s'en douter, par une simple faute (n° 673). Quant au *judicatum*, l'erreur se conçoit de plusieurs façons : je puis croire à une condamnation prononcée contre celui de qui j'ai hérité ; je puis aussi me croire condamné moi-même, lorsque par exemple l'instance s'est éteinte par voie de péremption ou qu'ayant fait défaut devant le juge, j'ai néanmoins été absous ; je puis enfin croire à la validité d'une condamnation qui ne vaut rien. Cette

raison étrange que poursuivi je n'eusse pu nier l'existence du jugement *ou du délit* sans me placer dans l'alternative de faire triompher ma défense ou de subir une condamnation au double (1). Quelles sont les actions qui comportaient cette sévérité, et comment l'expliquer? C'est à quoi je répondrai ultérieurement (nº 860.). Mais parmi ces actions il y en a une déjà signalée (nºs 411 *et fine*) et sur laquelle Justinien introduisit des modifications que le texte des Institutes (§ 7 *sup.*) m'invite à exposer dès à présent pour n'y plus revenir. Anciennement l'action *ex testamento* aboutissait quelquefois à une condamnation au double ; mais il fallait et il suffisait pour cela que le legs eût été fait *per damnationem*, qu'il eût pour objet une chose ou une quantité déterminée (*certum*), et que l'héritier poursuivi niât son obligation (Gaius, IV, § 9). Désormais le doublement de la condamnation devient indépendant de la forme et de l'objet de la libéralité ; il s'applique au fidéicommis, comme au legs, et il est encouru, même sans dénégation, par la simple mise en demeure de l'héritier (Inst., §§ 19 et 26, *De act.*). A tous ces points de vue, Justinien renchérit sur la sévérité de l'ancien droit. Mais il l'adoucit d'autre part, en faisant de la condamnation *in duplum* un privilège spécial aux églises et aux établissements qu'il appelle *loci venerabiles*, c'est-à-dire aux monastères, hospices et asiles (2). Ainsi dans l'ancien droit la *condictio in-*

dernière sorte d'erreur est visée par plusieurs textes (L. 74 § 2, *De jud.*, V, 1. — L. 36, *Fam. erc.*, X, 3).

(1) Pour expliquer dans ces cas et autres pareils le refus de la *condictio indebiti*, les interprètes attribuent volontiers à celui qui paye le raisonnement suivant : « Si je nie la dette, je risque d'être poursuivi et condamné au double. J'aime donc mieux, débiteur ou non, payer immédiatement le simple et assurer ma tranquillité. » Ainsi ce payement contiendrait une transaction, et dès lors, s'il ne peut être répété, c'est qu'il aurait une cause suffisante (L. 65 § 1, *De cond. ind.*). Quelque répandue que soit cette explication, elle ne saurait résister à une critique sérieuse. Sans doute il est possible que ce soit la peur d'une condamnation au double qui me détermine à payer le simple, mais alors je ne suis pas véritablement dans l'erreur ; je doute de la bonté ou du succès de ma cause, et c'est pour cela que mon payement équivaut à une transaction (L. 1, *De trans.*, II, 15). Écartons donc ce doute, et supposons, comme il faut le faire pour donner un sens à notre règle, que j'aie payé croyant ma dette certaine et afin d'éviter une poursuite qui me paraissait fondée. Où trouver ici les éléments d'une transaction ? Car je n'ai voulu ni terminer une difficulté ni faire un sacrifice. Enfin, ce qui est peut-être encore plus décisif, quoique peu remarqué, les Romains annulent toute transaction sur les causes qui, en cas de dénégation, déterminent une condamnation au double (Paul, I, 19 § 2). Comment donc présumer la transaction là où elle est interdite ? Ma conclusion est qu'il vaut mieux rester en présence d'une énigme que de la résoudre par une explication qui passe à côté de la difficulté et méconnaît une règle positive.

(2) On trouvera au code les dénominations de ces divers établissements (L. 23, *De sacr. eccl*, I, 2. — L. 46, *De episc.*, I, 3).

debiti était refusée à l'héritier qui payait indûment et par erreur comme s'il était grevé d'un legs certain fait *per damnationem;* désormais elle lui est refusée pour tout legs ou fidéicommis, mais seulement lorsque le bénificiaire est une église, un monastère ou un établissement de charité (1).

660 A. En règle générale, la *condictio indebiti* appartient au *tradens* lui-même et n'est donnée que contre l'*accipiens*. Si pourtant nous supposons que c'est un mandataire qui a payé ou reçu l'indu, nous devrons nous poser cette question : son mandat lui donnait-il, oui ou non, le pouvoir de faire ce qu'il a fait ? Si oui, c'est le mandant qui est investi ou tenu de la *condictio*, car c'est à lui que l'acte appartient. Si non, le mandataire est comparable à un *negotiorum gestor*, et par conséquent c'est lui-même qui exerce ou subit la *condictio*, à moins que par une ratification le mandant ne se soit approprié le payement fait ou reçu (L. 6 pr., §§ 1 et 2; L. 47; L. 57 § 1, *De cond. ind.* — L. 6 § 9, *De neg. gest.*, III, 5) (2).

Pour que la *condictio indebiti* réussisse, trois choses doivent être constatées, savoir le fait matériel du payement, l'inexistence de la dette qui lui a servi de cause, enfin l'erreur du *tradens*. Mais on se demande si sur ces trois points la preuve incombe au demandeur. A l'égard du payement, l'affirmative n'est pas douteuse. Quant au second point, un texte attribué à Paul (L. 25 pr., *De prob.*, XXIII, 3) distingue si le défendeur a nié ou reconnu le fait du payement : au premier cas, ce serait à lui de prouver sa qualité de créancier; au second cas, ce serait au demandeur d'établir que lui-même ne devait rien. Cette distinction, quoique délayée dans un style spongieux qui ne ressemble guère au laconisme ordinaire de Paul, est assez raisonnable en elle-même pour que nous puissions la croire admise dès l'époque classique (3). Enfin en ce qui concerne l'erreur, je distinguerais très volontiers si elle porte sur le droit ou sur le fait : dans le

(1) Du reste, sous Justinien comme avant lui, la règle ne s'applique qu'aux legs payés *ex falsa causa* par le véritable héritier. Mais la répétition est admise à l'égard des legs payés par un héritier apparent ou par celui dont le droit serait ultérieurement rescindé (L. 2 § 1; LL. 3 à 5, *De cond. ind.*).

(2) Je suppose, cela va de soi, que le mandataire n'a pas fait ou reçu le payement *suo nomine*, c'est-à-dire comme étant lui-même débiteur ou créancier; sinon, c'est à lui seul ou contre lui seul que l'action compète.

(3) Ce qui permet le doute, c'est que le texte mis sous le nom de Paul a été tout entier remanié ou fabriqué par Justinien. J'en ai déjà fait la remarque à propos du § 4 (T. II, page 404, note 3). L'altération est encore plus frappante dans le § 1 qui fait allusion aux moines sous le nom de *desidiæ dediti*.

premier cas elle devrait toujours être prouvée par celui qui l'allègue, car les lois sont réputées connues; dans le second cas, au contraire, une fois établi qu'il y a eu payement de l'indu, elle se présumerait, et cela parce qu'il n'y a rien de moins naturel que de payer sciemment ce qu'on ne doit pas (1).

La demande une fois justifiée, comment va se déterminer le montant de la comdamnation? Cette question en comprend véritablement deux : 1° le défendeur, tenu à raison du capital reçu, est-il aussi tenu à raison des accessoires? Les textes distinguent : quant aux intérêts, comme ils n'ont point été stipulés et que l'action est *stricti juris*, le demandeur ne peut jamais y prétendre (L. 1, C., *De cond. ind.*). Quant aux autres accessoires, tels que l'alluvion, les fruits, le *partus ancillæ*, les acquisitions des esclaves, ils lui sont dus, sauf déduction des dépenses qu'ils ont occasionnées (L. 15 pr.; L. 65 § 5; *De cond. ind.* — L. 38 § 2, *De usur.*, XXII, 1); 2° la condamnation s'apprécie-t-elle dans tous les cas d'après une mesure uniforme? Ici trois hypothèses doivent être distinguées : le défendeur était-il de mauvaise foi en recevant le payement de l'indu (2), la condamnation embrasse la valeur intégrale du capital reçu et des accessoires. Au contraire, était-il de bonne foi, et cette bonne foi a-t-elle persisté jusqu'au jour de la demande : on l'admet à prouver qu'il n'a pas profité de tout ce qu'il a reçu, et alors la condamnation se limite à son enrichissement; par exemple, la chose livrée étant un esclave, s'il l'a vendu à vil prix, il n'est pas tenu au-delà de ce prix, et s'il l'a affranchi, il n'est tenu qu'à raison des avantages attachés à sa qualité de patron (L. 26 § 12; L. 65 § 8, *De cond. ind.*). Enfin le défendeur

(1) Cette distinction est peut-être tout ce qu'il y a de vrai dans un texte de Paul précédemment cité (T. II, page 604, note 2).

(2) Pour que la *condictio indebiti* se conçoive en cette hypothèse, il faut que la réception de l'indu ne rentre pas dans le *furtum*. Or dans quels cas y rentrera-t-elle? A cet égard les textes ne sont pas dans un parfait accord. D'après Papinien et Ulpien, dont j'estime que la doctrine a prévalu, l'*accipiens* n'est réputé voleur que lorsqu'il a recouru à la simulation, c'est-à-dire à des manœuvres frauduleuses, afin de se faire passer pour créancier ou pour mandataire du créancier (L. 43 pr.; L. 80 § 6, *De furt.*, XLVII, 2). Mais il semble que dans une doctrine plus ancienne, qui était encore celle d'Africain et de Scévola, on traitât ou du moins on eût proposé de traiter comme voleur quiconque reçoit sciemment l'indu en vue de se l'approprier (L. 18, *De cond. furt.*, XIII, 1. — L. 38 § 1, *De sol.*, XLVI, 3). Or cela admis, la *condictio indebiti* n'eût été donnée contre l'*accipiens* de mauvaise foi qu'autant qu'il aurait reçu au nom d'un tiers et avec l'intention réelle de lui rendre compte. En tout autre cas, elle eût été remplacée par les actions qui naissent du *furtum* et notamment par la *condictio furtiva*.

a-t-il commencé par être de bonne foi, et la mauvaise foi est-elle survenue plus tard : on applique distributivement les deux solutions qui viennent d'être données. Quant au motif qui justifie l'indulgence de la loi à l'égard du défendeur de bonne foi, je le trouve dans cette considération que le *tradens* et l'*accipiens* ayant été l'un et l'autre dans l'erreur, il fallait préférer celui des deux qui est le plus excusable; or c'est certainement l'*accipiens*, car sa qualité de créancier lui a été affirmée par celui-là même qui devait la lui contester.

661. Le payement de l'indu ressemble au *mutuum*. C'est une remarque faite par Gaius (III, § 91. — L. 5 § 3, *De obl. et act.*, XLIV, 7), reproduite aux Institutes (§§ 1 et 6 *sup.*), et fondée sur ce que dans l'un et l'autre cas l'obligation dérive d'une dation et engendre une *condictio* (§§ 1 et 6 *sup.*). Toutefois il est bien facile de montrer qu'à ce double point de vue la ressemblance n'est pas complète.

Et d'abord le payement de l'indu, à la différence du *mutuum*, n'implique pas absolument une dation. Supposez par exemple que je vous livre la chose d'autrui. Bien que j'agisse dans l'intention d'acquitter une obligation de donner, je ne donne évidemment rien, et pourtant la *condictio indebiti* me compète à l'effet de me faire restituer la possession de la chose (L. 15 § 1, *De cond. ind.*) (1). Bien mieux, je puis me croire tenu d'une obligation de faire, et alors la prestation que j'exécute à titre de payement ne présente pas même les apparences d'une dation. Est-ce que la *condictio indebiti* me sera refusée pour cela? Non à coup sûr, et si l'on recherche quel en peut être l'objet, cela dépendra de l'objet même de la prestation que j'ai faite. Vous ai-je remis la possession ou la détention d'une chose : mon action tend à la recouvrer (L. 15 § 1, *De cond. ind.*). S'agit-il d'un acte juridique qui puisse être anéanti par un acte contraire : je dois obtenir le rétablissement de l'état de choses antérieur; par exemple, si je vous ai promis l'indu, vous êtes obligé de me faire acceptilation de ma promesse (LL. 31 et 39, *De cond. ind.*). Enfin, s'agit-il d'un fait naturellement irrévocable, par exemple de travaux exécutés sur une chose corporelle : je dois recouvrer la valeur estimative du fait (L. 26 § 12, *De cond. ind.*). La *condictio* ne cesse qu'autant que le fait ne comporte aucune estimation, par exemple s'il consiste en un affranchissement.

(1) Bien entendu, cette *condictio* n'est possible qu'autant que l'*accipiens* n'a point encore été dépossédé par le propriétaire, et quand je lui assigne pour but le simple recouvrement de la possession, je suppose que cet *accipiens* n'a pas usucapé.

En second lieu, tandis que le *mutuum* engendre toujours une *condictio certi*, la *condictio indebiti* peut être *incerta*. C'est ce qui arrive par la force des choses, toutes les fois que le payement de l'indu consiste dans un fait, dans la tradition de la chose d'autrui ou dans le transport d'un droit réel autre que la propriété (L. 22 § 1, *De cond. ind.* — L. 12, *De nov.*, XLVI, 2) (1).

Du reste, la comparaison faite par les Institutes est d'une exactitude irréprochable lorsque parmi les parties figure un incapable. Prenons l'exemple d'un pupille non autorisé. Qu'il paye ou qu'il reçoive l'indu, sa situation sera absolument celle qui résulterait pour lui d'une numération faite ou reçue à titre de *mutuum*. Donc paye-t-il l'indu : il demeure propriétaire, et pour déterminer quelles actions lui compètent, on distingue si l'*accipiens* possède encore les choses reçues ou s'il les a consommées, et dans ce dernier cas, si la consommation a eu lieu de bonne ou de mauvaise foi (L. 29, *De cond. ind.* — n°s 292 et 588) (2). En sens inverse, le pupille a-t-il reçu l'indu : la propriété lui est bien acquise; mais au lieu d'être tenu par l'effet direct de la dation il n'est tenu qu'à raison et dans la limite de son enrichissement, et eût-il été de mauvaise foi, la présomption est qu'il ne s'est point enrichi. Ce n'est donc pas pure affaire de langage que de dire, comme le fait Justinien, qu'il n'est point soumis à la *condictio indebiti* (§ 1 *sup.*) (3).

(1) Même en supposant que le payement ait eu pour objet un transport de propriété, ne faut-il pas dire que le demandeur doit agir par voie de *condictio incerti* toutes les fois que les preuves de la mauvaise foi ou de l'enrichissement intégral du défendeur lui font défaut? Cette opinion serait trop absolue. S'agit-il, en effet, d'un corps certain : le créancier le demande dans l'état où il se trouve et par conséquent ne demande pas trop. S'agit-il de sommes d'argent ou autres quantités : le défendeur est présumé avoir profité de tout ce qu'il a reçu. Lui est-il permis de prouver le contraire? Cela est douteux (arg. de la loi 18, *Quod met. caus.*, IV, 2), et en supposant qu'il le puisse, serait-on fondé à soutenir que la demande doit succomber comme exagérée? Cela encore me paraît douteux.

(2) La *condictio* dont l'*accipiens* est tenu lorsqu'il a consommé de bonne foi n'est point une *condictio indebiti*, mais une *condictio sine causa* ordinaire, et en conséquence elle ne se restreint pas au profit qu'il a pu réaliser.

(3) Il semble que Gaius (III, § 91) et la majorité de ses contemporains admissent la *condictio indebiti* contre le pupille; en effet, disaient-ils, le payement de l'indu tend plutôt à dissoudre qu'à former un contrat, et par conséquent le pupille a beau être incapable de contracter, cela ne fait pas qu'il soit incapable de s'obliger en recevant l'indu. Cette observation est juste, mais la conclusion que Gaius en tirait n'en est pas moins inexacte. Il était facile de lui répondre que l'obligation de restituer l'indu suppose, aussi bien que les obligations contractuelles, un fait volontaire de la part de celui qui s'oblige. Or en quoi consiste l'incapacité du pupille? Précisément en ce que la loi ne sanctionne jamais ses volontés, quand elles tendent

THÉORIE DES FAUTES DANS LES CONTRATS ET QUASI-CONTRATS (1).

662. Supposons que le débiteur obligé en vertu d'un contrat n'exécute pas du tout son obligation, ou, ce qui rentre dans le même ordre d'idées, ne l'exécute qu'imparfaitement. Nous devons rechercher quels sont les cas où par l'action née de son contrat le créancier obtiendra la réparation du préjudice qui lui est ainsi causé. La question est sans intérêt pour les obligations qui consistent seulement à donner des choses déterminées dans leur genre, car là tous les risques incombent au débiteur; elle ne concerne donc que les obligations qui portent sur un corps certain ou sur un fait. L'ensemble des principes qui en contiennent la solution forme ce que les interprètes appellent la théorie des fautes, et que peut-être on appellerait plus exactement la théorie de la responsabilité contractuelle.

L'inexécution de l'obligation a pour cause ou le dol du débiteur, ou sa faute, ou un cas fortuit. Fixons d'abord le sens de ces trois expressions.

Qui dit dol, dit mauvaise foi. Il y a donc dol toutes les fois que par une action ou une omission, le débiteur contrevient sciemment aux obligations que le contrat lui impose.

Quant à la faute, elle consiste aussi dans un fait ou dans une omission, mais qui excluent toute mauvaise volonté et n'impliquent qu'irréflexion On distingue la faute lourde (*culpa lata, magna, nimia*) et la faute légère (*culpa levis*). La faute lourde s'apprécie tout ensemble et à un point de vue absolu et à un point de vue relatif :

à rendre sa condition pire. Ce qui est bizarre, c'est que Justinien, tout en rejetant la doctrine de Gaius, lui emprunte néanmoins la phrase qui la motivait (§§ 1 *sup.*). Mais dans les Institutes cette phrase signifie simplement que nonobstant certaines ressemblances, le *mutuum* et la *solution indebiti* sont deux faits de nature différente. Au surplus, la controverse qui existait au sujet du pupille s'appliquait aussi à la femme en tutelle. Gaius soumet cette femme à la *condictio indebiti*, et des interprètes ont trouvé sa doctrine assez raisonnable, attendu, disent-ils, que la femme peut recevoir un payement sans l'*auctoritas tutoris* (Gaius, II, § 85). Mais en sens inverse on pourrait bien faire remarquer que cette *auctoritas* lui est nécessaire pour s'obliger, et que dans la réalité le payement de l'indu n'est qu'une cause d'obligation, et non point un payement véritable.

(1) Pour plus de brièveté, j'appellerai contrats les quasi-contrats eux-mêmes. On a vu (n° 492) que ce langage est autorisé par les textes.

pour préciser, c'est d'abord celle qui heurte le sens commun (*non intelligere quod omnes intelligunt*) et où ne tombe pas le vulgaire des hommes, par exemple elle consistera, quand on s'absente, à ne point fermer sa porte (L. 213 § 2; L. 223 pr., *De verb. sign.*, L, 16); mais c'est aussi celle que le débiteur ne commet pas dans la gestion de ses propres affaires (L. 32, *Dep.*, XVI, 3). Donc n'échappent au réproche de faute lourde ni celui qui, très soigneux par habitude, n'apporte qu'un soin vulgaire à l'exécution de son obligation, ni celui qui, exceptionnellement négligent pour lui-même, ne sait pas pour son créancier s'élever au niveau d'une vigilance ordinaire. C'est du reste un principe général que dans tout contrat où l'on répond de son dol, on répond aussi de sa faute lourde (L. 5 § 15, *Ut in poss. leg.*, XXXVI, 4. — L. 1 § 5, *De obl. et act.*, XLIV, 7. — L. 226, *De verb. sign.*) (1), et c'est pourquoi la mention de cette faute est implicitement contenue dans celle du dol. La faute légère, et c'est celle que désigne toujours le mot *culpa* employé sans qualificatif (2), s'apprécie, selon les cas, de deux manières tout à fait différentes : tantôt on compare le débiteur à un administrateur irréprochable, ou, comme parlent les Romains, au père de famille le plus diligent, et, pour peu qu'il s'écarte de cet idéal, on le répute en faute. D'autres fois c'est à lui-même qu'on le compare, et alors sa faute consiste à rester au-dessous du degré de diligence qui lui est familier dans ses propres affaires. Mais de là, comme on le verra bientôt, une difficulté sérieuse ponr séparer la responsabilité qui s'arrête à la faute lourde de celle qui s'étend à la faute légère ainsi entendue. C'est conformément à ces idées que les interprètes distinguent la faute *in abstracto* et la faute *in concreto*, selon qu'on prend pour type de comparaison le plus diligent des pères de famille, c'est-à-dire un personnage abstrait, ou le débiteur lui-même, personne évidemment concrète. Quant aux Romains, lorsqu'ils veulent signifier que la faute s'apprécie *in abstracto*, ou ils exigent expressément la diligence d'un bon père de famille, ou bien ils disent

(1) Ce principe ne prévalut pas sans quelque discussion (L. 32, *Dep.*, XVI, 3). Du reste, pour certain qu'il soit, nous ne devons pas en dépasser la formule ni dire d'une manière générale que la faute lourde soit assimilée au dol. Ainsi de toute évidence elle ne suffit point à donner l'action *de dolo*, et à plus forte raison elle n'est pas l'équivalent du dol considéré comme élément constitutif d'un délit civil ou d'un crime (L. 7, *Ad leg. Corn. de sic.*, XLXIII, 8).

(2) L'expression *culpa levis* ne se trouve que dans quelques textes (L. 47 § 5, *De leg.* 1°, XXX. — L. 22 § 3, *Ad s. c. t. Treb.*, XXXVI, 1. — L. 20, C., *De neg. gest.*, II, 19. — L. 7, *Arb. tut.*, C., V, 51).

que le débiteur doit *præstare culpam et diligentiam*, et si l'obligation porte sur un corps certain, volontiers ils remplacent *diligentia* par *custodia* ou mettent les deux mots ensemble (L. 5 §§ 2 et 15, *Comm.*, XIII, 6. — L. 23, *De reg. jur.*, L, 17. — Inst., § 17, *De obl. ex del.*, IV, 1). Mais ils n'ont aucune expression particulière qui se réfère à la faute *in concreto*.

Enfin, on appelle cas fortuits les événements que le débiteur n'a ni provoqués ni pu empêcher (1).

Maintenant, pour déterminer la responsabilité du débiteur, il faut distinguer entre les contrats de bonne foi et les contrats de droit strict.

663. A l'égard des contrats de bonne foi, la théorie générale se résume tout entière dans les cinq principes qui suivent (2) :

1° La responsabilité du débiteur comprend toujours au moins le dol et la faute lourde.

2° Elle ne comprend rien de plus, lorsqu'il est personnellement désintéressé dans le contrat. Nous avons vu ce principe appliqué au commodant (n° 595) et au dépositaire (n° 597). Nous avons vu aussi qu'à l'origine il s'appliqua peut-être au tuteur et au curateur, et certainement au mandataire, mais qu'après des controverses plus ou moins longues ces personnes furent rendues responsables de leur faute légère (nos 150, 176, 634), et que la même exception au droit commun fut de tout temps admise à l'égard du gérant d'affaires (n° 657).

3° Le débiteur répond de son dol et de sa *culpa levis* lorsqu'il est obligé dans son propre intérêt, et cela sans distinguer si le créancier lui-même est intéressé ou non dans le contrat. Sont notamment soumis à ce principe le commodataire (n° 595), le déposant (n° 597), le gagiste et le débiteur qui a constitué le gage (n° 599), le vendeur et l'acheteur (n° 612), le *locator* et le *conductor* (nos 616 et 621), et en général celui dont l'obligation a sa source dans un contrat innommé (L. 5 § 1 ; L. 17 §§ 1 et 2, *De præscr. verb.*, XIX, 5). Mais

(1) Le cas fortuit prend particulièrement le nom de force majeure, lorsqu'il résulte non du simple jeu des lois de la nature physique, mais d'actes de violence accomplis par des hommes, par exemple d'un vol à main armée (Inst., § 2, *Quib. mod. re contr.*). Du reste cette distinction n'a pas d'intérêt général (Voir pourtant T. II, page 504; page 537, note 2).

(2) Les textes qui les établissent sont surtout ceux-ci : L. 5 § 2, *Comm.* (XIII, 6). — L. 108 § 12, *De leg.* 1° (XXX). — L. 23, *De reg., jur.* (L. 17). — *Collat. leg. mos.*, Tit. X, cap. 2 §§ 1 à 3.

par exception, le précariste, quoique obligé dans son propre intérêt, et même dans son intérêt exclusif, n'est tenu que de son dol et de sa faute lourde (n° 599) (1).

4° En général, la faute légère s'apprécie *in abstracto*, et telle est la règle qu'il faut appliquer à toutes les personnes que j'ai déjà présentées comme tenues de cette espèce de faute, soit d'après le droit commun, soit en vertu d'une exception (2). La règle ne cesse, et l'appréciation ne se fait *in concreto* qu'à l'égard de quatre sortes de personnes, savoir l'associé (n° 627), le copropriétaire par indivis (n° 658), l'acquéreur qui doit restituer en vertu d'un contrat de fiducie (*Coll. leg. mos.*, Tit. X, cap. 2. § 2) (3), et le mari tenu de l'action *rei uxoriæ* (L. 17 pr., *De jur. dot.*, XXIII, 3) (4). Quant à l'associé et au copropriétaire, j'ai déjà donné le motif de cette indulgence ; pour l'acquéreur fiduciaire et pour le mari, elle se fonde sur ce que le créancier, en consentant à les rendre propriétaires, et en mêlant en quelque sorte ses intérêts avec les leurs, n'a pas dû attendre d'eux une diligence supérieure à celle dont ils usent pour leur propre compte. Mais ici s'élève la difficulté que j'annonçais tout à l'heure : il semble, en effet, que la faute légère appréciée *in concreto* se confonde avec la faute lourde ; et pour prendre des exemples, on se demande

(1) La même exception s'applique à l'*agrimensor* rétribué, et cela, nous dit Ulpien, parce que l'action *in factum* à laquelle le préteur le soumet n'est qu'une réaction contre le droit civil qui ne le considérait point comme obligé (L. 1 § 1, *Si mens. fals. mod.*, XI, 6). Si ce motif était exact, il nous conduirait à croire que la responsabilité de la faute légère est toujours exclue dans les obligations purement prétoriennes, doctrine à laquelle il serait difficile de souscrire sans un texte bien formel. A mon sens, la décision relative à l'*agrimensor* s'explique beaucoup mieux par cette idée que les services qu'il rend ne comportent pas d'évaluation pécuniaire, et que, quoique salarié, il fait encore une libéralité (L. 1 pr., *Si mens. fals. mod.* — n° 619).

(2) Toutefois je rappelle qu'à l'égard du tuteur cette doctrine est contrariée par un texte d'Ulpien (n° 150). Mais dans la loi 23, *De regulis juris*, ce jurisconsulte paraît bien se ranger à celle de tout le monde.

(3) Le texte cité n'est pas formel ; mais comme il met sur une même ligne les actions *fiduciæ* et *rei uxoriæ*, il nous autorise bien à croire que la responsabilité de l'acquéreur fiduciaire ne dépasse pas celle du mari. Ceci admis, lorsque nous lisons dans un passage de Gaius (L. 18 pr. *in fine*, *Comm.*, XIII, 6) que la faute se mesure de même façon *in rebus pignori datis et in dotalibus*, nous pouvons à bon droit soupçonner qu'il avait écrit *fiduciæ* au lieu de *pignori ;* car, entendu tel que Justinien nous l'a transmis, ce texte contredirait la doctrine universellement reçue à l'égard du gagiste.

(4) Quant au mari, une difficulté résulte de la loi 23, *De regulis juris*. Ulpien divise les contrats en deux classes : dans les uns, dit-il, le débiteur ne répond que

quelle différence réelle il peut y avoir entre le dépositaire et l'associé, puisque, nonobstant la diversité du langage, l'un et l'autre répondent des fautes qu'ils ne commettent pas dans la gestion de leurs affaires personnelles. D'après une doctrine très raisonnable et très généralement acceptée par les interprètes, la différence ne se rapporte qu'à la preuve, et on va voir qu'elle est néanmoins fort sérieuse. En effet, la faute lourde n'est imputée au dépositaire qu'à cause de son affinité avec le dol ; or le dol ne se présume pas. Donc la question s'élève-t-elle de savoir s'il a apporté à la garde du dépôt toute la diligence dont il a coutume d'user dans ses propres affaires, c'est sur le créancier que tombe la charge de la preuve. Tout au contraire, lorsqu'il s'agit d'un débiteur responsable de ses fautes, le créancier n'est plus tenu de rechercher pourquoi l'obligation n'est point exécutée : cette inexécution fait présumer la faute ; c'est donc au débiteur lui-même que la preuve incombe, et dans l'espèce l'associé devra établir qu'en se montrant peu soigneux des intérêts de la société il n'a fait que se laisser aller au courant de ses propres habitudes.

de son dol, tels sont le commodat et le précaire. Dans les autres, il répond de son dol et de sa faute; tels sont le mandat, le commodat, la vente, le gage, le louage, la *dotis datio*, la tutelle, la gestion d'affaires. Ici le jurisconsulte suspend son énumération pour insérer ces mots *in his quidem et diligentiam*, puis il la complète en y ajoutant la société et l'indivision. Cette incise *in his quidem*, etc., semble bien s'appliquer aux huit contrats dont l'énumération précède, et signifier que, par opposition aux deux qui viennent ensuite, ils emportent responsabilité de la faute *in abstracto*. Mais alors, dit-on, puisque dans ces huit contrats figure la *dotis datio*, Ulpien voudrait donc que le mari fût comptable de toutes ses fautes, même de celles qui lui échappent tous les jours dans l'administration de ses propres affaires? Or un autre texte (L. 24 § 5, *Sol. matr.*, XXIV, 3) prouve que telle n'était point la doctrine de ce jurisconsulte. Comment donc mettre la loi 23 en harmonie avec la doctrine générale? On a prétendu qu'Ulpien veut simplement opposer le quasi-contrat de gestion d'affaires à ceux de tutelle et d'indivision; car dans l'opinion de tous, le copropriétaire n'est tenu que de la faute *in concreto*, et peut-être dans l'opinion personnelle d'Ulpien il en serait de même du tuteur (n° 150). Si telle est la pensée d'Ulpien, on conviendra que sa phrase est singulièrement embarrassée et louche, et cela quand il lui eût été si facile d'obtenir une parfaite clarté en transportant la mention de la *dotis datio* et de la tutelle après le mot *diligentiam*. Aussi cette transposition est-elle admise par quelques-uns des interprètes qui adoptent au fond l'explication que je viens de reproduire. D'autres se contentent de déplacer les mots *dotis datio*. Quant à moi, je proposerais volontiers une interprétation nouvelle : Ulpien parle d'une *dotis datio*, non d'une *dotis restitutio;* il se réfère donc peut-être à l'obligation du constituant plutôt qu'à celle du mari, et pour préciser, le texte s'appliquerait au cas d'une dot constituée par voie de dation et avec estimation. Or, dans ce cas, on le sait (n° 313), le constituant est assimilé à un vendeur. Nous aurions donc une doctrine très correcte en lui imposant la responsabilité de la faute *in abstracto*.

5° Le débiteur n'est jamais tenu des cas fortuits, à moins qu'il ne les ait lui-même occasionnés par quelque faute dont il soit responsable (L. 6, C., *De pign. act.*, IV, 24).

Ces cinq principes n'ont pas tous une égale portée. Le premier intéresse la morale et l'ordre public, par conséquent le débiteur répond de son dol nonobstant toute convention contraire (1). C'est une règle que j'ai déjà signalée (T. II, page 560, note 2), et dont les textes nous offrent mainte application (L. 17 *pr.*, *Comm.*, XIII, 6. — L. 1 § 7, *Dep.*, XVI, 3). A l'égard des quatre autres principes, ils dérivent d'une simple interprétation de volonté. Aussi l'on y déroge valablement par un pacte adjoint *in continenti*, et même, s'il ne s'agit que de diminuer la responsabilité du débiteur, par un pacte fait *ex intervallo* (L. 39, *Mand.*, XVII, 1. — L. 23, *De reg. jur.* — N° 645) (2). Au surplus, comme les pactes peuvent être tacites, il y a nombre de cas, et j'en ai cité quelques-uns à propos du commodat, du dépôt, de l'*æstimatum* et de la gestion d'affaires (3), où l'on présume, à raison de circonstances particulières, que les parties ont voulu ajouter ou retrancher quelque chose à la responsabilité ordinaire du débiteur (4).

664. Passant aux contrats de droit strict, je dois rechercher s'ils comportent l'application des mêmes principes que les contrats de bonne foi. Et d'abord je remarque que la question ne se pose ni pour le *mutuum* ni pour le contrat *litteris*, puisque là les choses dues ne sont déterminées que dans leur genre et non individuellement. Elle

(1) Il ne s'agit bien entendu que du dol non encore commis. Du reste on peut se demander si la même nullité frappe la convention qui affranchirait le débiteur de la responsabilité de la faute lourde. La question, à ma connaissance, n'est ni résolue ni posée dans les textes.

(2) Cependant la convention qui restreindrait la responsabilité du mari à son dol n'est point admise (L. 6, *De pact. dot.*, XXIII, 4).

(3) On en peut citer d'autres encore (L. 11 pr., *De reb. cred.*. XII, 1. — L. 17 §§ 1 et 2, *De præscr. verb.*, XIX, 5).

(4) La théorie que je viens de résumer est assez généralement admise aujourd'hui. Mais la plupart des anciens interprètes en enseignent une fort différente. Pour eux les fautes forment une échelle à trois degrés. Il y a la *culpa lata*, la *culpa levis*, et la *culpa levissima :* la *culpa lata* consistant à se montrer moins soigneux que les hommes les plus grossiers ; la *culpa levis*, à l'être moins que le commun des hommes, et la *culpa levissima*, à rester au-dessous des plus diligents. La responsabilité se limiterait à la *culpa lata* pour le débiteur qui rend un service gratuit, comme le dépositaire ; elle s'étendrait à la *culpa levis* pour celui qui tout ensemble rend et reçoit un service, comme le vendeur ; enfin, elle irait jusqu'à la *culpa levissima* pour celui qui reçoit un service gratuit, par exemple le commodataire. Je n'ai pas besoin de faire remarquer que dans ce système les définitions des fautes lourde et légère ne sont point conformes à celles que nous avons trouvées dans les

ne se pose pas non plus en ce qui concerne la *condictio indebiti;* car de deux choses l'une : ou l'*accipiens* est de bonne foi, et il n'est comptable que de son enrichissement, donc ne répond d'aucune faute; ou au contraire il est de mauvaise foi, et alors il n'y a qu'un cas fortuit qui puisse le soustraire à l'obligation de restituer en totalité ce qu'il a reçu. Reste donc à examiner la question relativement aux obligations nées d'une stipulation ou d'un testament, et cela bien entendu en écartant le cas où elles n'ont d'autre objet que la dation d'une quantité.

Quant aux stipulations, je distingue : s'il s'agit d'une stipulation de faire, la formule même de l'obligation implique que le débiteur ne peut s'y dérober en tout ou en partie qu'en justifiant d'un cas fortuit qui rend l'exécution impossible ; il répond donc et de son dol et de sa faute, et les jurisconsultes n'hésitent point à exiger de lui la diligence d'un bon père de famille (L. 137 §§ 2 et 3, *De verb. obl.*, XLV, 1). Que si l'obligation consiste à donner un corps certain, trois règles résultent des textes : 1° jamais par l'action née du contrat, le débiteur n'est tenu de ses omissions, et cela sans distinguer si elles ont pour cause un dol ou une simple faute; car il a promis de donner et non pas de faire (L. 91 pr., *De verb. obl.*) (1); 2° les faits

textes. Quant à la *culpa levissima*, ce n'est qu'une invention suggérée, je le reconnais, par un texte où cette expression se rencontre en effet, mais ne se réfère point à une personne tenue *ex contractu* (L. 44 pr., *Ad leg. Aqu.*, IX, 2). On alléguait, il est vrai, que parfois les jurisconsultes parlant du commodataire emploient des superlatifs et disent qu'il doit *præstare exactissimam diligentiam* ou se comporter en *diligentissimus paterfamilias* (L. 18 pr., *Comm.* — L. 1 § 4, *De obl. et act.*). Mais ces superlatifs n'ont pas plus de valeur que des positifs, on peut s'en convaincre par d'autres textes (Inst., §§ 2 et 4, *Quib. mod. re contr.*, III, 14). Cette théorie aboutissait à méconnaître les décisions les plus formelles des jurisconsultes. Ainsi elle établissait une différence entre la vendeur et le commodataire que pourtant les textes mettent sur la même ligne (L. 3, *De per. et comm.*, XVIII, 6); et à l'inverse, elle devait traiter identiquement l'associé et le vendeur que pourtant les textes séparent avec soin (Inst., § 3, *De empt. et vend.* — L. 9, *De soc.*). Que si l'on se place au point de vue purement logique, on ne voit pas qu'il y ait aucune raison de faire une différence entre le débiteur obligé dans son intérêt exclusif et le débiteur qui rend un service en échange de celui qu'il reçoit. Tout ce que l'on comprend, c'est une différence entre celui qui est intéressé dans le contrat et celui qui ne l'est pas.

(1) Qui promet de donner promet implicitement de livrer, et cela encore que la chose due soit *res mancipi* (L. 3 § 1, *De act. empt.*, XIX, 1. — L. 4 pr. et § 1, *De usur.*, XXII, 1). En ce sens l'obligation comprend bien un fait comme accessoire de la dation. Tout ce qu'on veut dire, c'est donc que la promesse de donner n'oblige à faire que dans la mesure strictement nécessaire pour qu'elle ait elle-même une signification et une utilité.

actifs eux-mêmes ne sont point pris en considération dans l'action *ex stipulatu*, lorsqu'ils n'ont eu pour résultat que de diminuer la valeur de la chose due sans restreindre le droit que le débiteur avait sur elle. Par exemple avait-il promis un esclave ou un fonds : peu importe qu'il livre l'esclave empoisonné ou le fonds appauvri par des dégradations matérielles. La tradition le libère néanmoins, car il doit transférer la propriété, et il la transfère (L. 7 § 3, *De dol. mal.*, IV) (1). Mais la rigueur de ces deux règles n'ôte pas au créancier les ressources que le droit commun peut lui offrir, c'est-à-dire l'action *de dolo*, ou, à défaut de dol, une action *in factum* (nos 838 et 843) ; 3° enfin, par l'action du contrat, et toujours sans distinguer entre le dol et la faute, le débiteur répond des actes à lui personnels qui l'empêchent absolument de donner ou qui font que le créancier ne peut acquérir un droit aussi plein que celui sur lequel il avait dû compter. Cette règle s'appliquera à toute aliénation partielle et à toute constitution d'hypothèque ou d'usufruit (LL. 51 et 91 §§ 1, *De verb. obl.*, XLV, I. — LL. 20 et 27 ; L. 98 pr., *De sol.*, XLVI, 3) (2).

A l'égard des obligations nées d'un testament, les textes posent la distinction suivante : si après l'acquittement du legs ou du fidéicommis le grevé doit conserver quelque chose de la disposition faite en sa faveur, il répond de la faute *in abstracto* et ne se décharge que par la preuve d'un cas fortuit. Si au contraire aucun bénéfice ne doit lui rester, il n'est plus tenu que de son dol et de sa faute lourde (L. 47 §§ 4 à 6 ; L. 108 § 12, *De leg.* 1°, XXX). Du reste sa responsabilité peut être élargie ou restreinte par une disposition spéciale du testament ; mais il demeure tenu de son dol nonobstant toute clause contraire (L. 72 § 3, *De cond. et dem.*, XXXV, 1). En résumé donc, on étend à notre hypothèse la théorie admise dans les actions de bonne foi, et cela par bienveillance pour le légataire et le fidéicommissaire qui n'ont pas pu, n'ayant pas contracté avec leur débiteur, veiller eux-mêmes à leurs propres intérêts.

(1) Toutefois Julien paraît apporter un certain correctif à cette doctrine en décidant que, tant que le créancier n'a point accepté la tradition, il peut la refuser à raison des dégradations qui sont l'œuvre personnelle du promettant (L. 33 § 1, *De sol.*, XLVI, 3).

(2) Mais elle ne s'applique point, lorsque le promettant a grevé le fonds promis d'une servitude prédiale ; le créancier n'a pas alors d'autre ressource que l'action *de dolo* (L. 7 § 4, *De dol. mal.*), et cela sans doute parce que la servitude est considérée ici comme une simple détérioration du fonds, et comme un vice qui en diminue la valeur (Rapprocher T. II, page 464, note 2).

DES DÉLITS ET DES QUASI-DÉLITS.

Lib. IV, tit. I, *De obligationibus quæ ex delicto nascuntur*, pr. — Quum expositum sit superiore libro de obligationibus ex contractu et quasi ex contractu, sequitur ut de obligationibus ex maleficio dispiciamus. Sed illæ quidem, ut suo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur : hæ vero unius generis sunt; nam omnes ex re nascuntur, id est, ex ipso maleficio, veluti ex furto, aut rapina, aut damno, aut injuria (Gaius, III, § 1. — L. 4, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

§ 18. — In summa sciendum est quæsitum esse an impubes, rem alienam amovendo, furtum faciat? Et placet, quia furtum ex affectu consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem si proximus pubertati sit, et ob id intelligat se delinquere (Gaius III, § 208).

Après avoir, dans le livre précédent, exposé les obligations qui naissent d'un contrat ou comme d'un contrat, reste à traiter de celles qui naissent d'un délit. Mais tandis que les obligations contractuelles, ainsi que nous l'avons dit ailleurs, se divisent en quatre classes, celles-ci au contraire n'en font qu'une seule; car toutes se forment *re*, c'est-à-dire en vertu du délit lui-même, par exemple du vol, de la rapine, du dommage ou de l'injure.

Il faut savoir que l'on a mis en question si l'impubère qui détourne la chose d'autrui commet un vol. Et on admet que comme le vol suppose l'intention, l'impubère n'est tenu à ce titre qu'autant qu'il est voisin de la puberté et qu'en conséquence il a conscience de commettre un délit.

665. Avant d'entrer dans l'examen des faits que les Institutes qualifient délits ou assimilent à des délits, je rappelle que les uns et les autres se distinguent des contrats et des quasi-contrats par leur caractère illicite et engendrent des actions pénales. A ces idées déjà développées (n° 492) trois observations doivent être ajoutées : 1° nous ne trouvons dans les sources aucune règle générale qui nous permette de discerner au premier coup d'œil le délit du quasi-délit (1). Cette question avait-elle préoccupé les jurisconsultes romains? J'en doute très fort. Offre-t-elle un intérêt pratique? Je le nie sans hésiter. Au lieu donc de m'égarer dans une recherche inutile et qui n'aboutirait pas (2), j'accepte qu'on appelle indifféremment délits ou quasi-délits

(1) On appliquera à l'expression quasi-délit la remarque déjà faite sur l'expression quasi-contrat (T. II, page 588, note 1).

(2) Cela ne veut pas dire que les systèmes manquent. Il y en a un qui restreint

tous les faits illicites que les Institutes n'ont point classés, et en ce qui me concerne, je crois plus conforme aux habitudes romaines de les appeler délits ; 2° quand on dit que les délits et les quasi-délits sont sanctionnés par une action pénale, on entend qu'en dehors de la réparation du préjudice causé l'auteur du fait illicite doit payer à la victime de ce fait une certaine somme d'argent. C'est cette somme, véritable appauvrissement pour celui qui la donne et enrichissement pour celui qui la reçoit, qui forme l'objet de l'action pénale, et cette action est soumise aux règles de la procédure ordinaire. Ces idées bien comprises, on ne confondra pas les faits dont nous allons nous occuper, c'est-à-dire, selon l'expression romaine, les délits privés (*De priv. del.*, XLVII, 1), avec d'autres faits illicites qui forment l'objet du droit pénal. Ces faits, compris sous la dénomination générique de *crimina*, donnent lieu à des peines corporelles ou autres, mais dont la partie lésée ne profite pas, et ces peines se poursuivent par une procédure tout à fait distincte de la procédure ordinaire (1) ; 3° en notre matière, la capacité de s'obliger s'entend beaucoup plus largement que dans les contrats. Ainsi les esclaves, on le sait déjà (n° 39), s'obligent envers tous autres que le maître par leurs délits et quasi-délits. La même doctrine, on le sait aussi (n° 153), est vraie de l'impubère *pubertati proximus*, et quoique les Institutes ne la lui appliquent expressément qu'à l'égard du *furtum* (§ 18 *sup.*), d'autres textes prouvent qu'il faut la lui appliquer sans réserve (L. 23, *De furt.*, XLVII, 2. — L. 3 § 1, *De inj.*, XLVII, 10. — L. 111 pr., *De reg. jur.*, L, 17) (2). A plus forte raison, cette sévérité s'étend-elle aux

la qualification de délit aux quatre faits ainsi dénommés par les Institutes. Il y en a un autre qui l'étend au contraire à tout fait illicite puni par une action spéciale, soit civile, soit prétorienne. Ainsi l'action *arborum furtim cæsarum*, qui remonte aux douze Tables, et l'action *servi corrupti*, qui fut créée par le préteur, naîtraient l'une et l'autre d'un délit. Enfin un troisième système veut que le délit se caractérise par le dol, et le quasi-délit par la simple faute, et en ce sens on allègue un texte de Paul (L. 53 pr., *De furt.*, XLVII, 2). Quelque raisonnable que puisse paraître ce troisième système, il n'est pas romain. Ainsi le fait prévu par la loi Aquilia constitue toujours un délit, et pourtant il n'implique pas essentiellement un dol (Inst., § 3, *De leg. Aqu.* — L. 1 § 2, *Si is qui test. lib.*, XLVII, 4). Et à l'inverse, le juge qui rend en connaissance de cause une mauvaise sentence ne commet qu'un quasi-délit tout comme s'il avait violé la loi par erreur (Inst., pr., *De obl. quæ quas. ex. del.*).

(1) Du reste, il y a des faits qui peuvent contenir tout ensemble les éléments d'un délit privé et d'un *crimen* (L. 3, *De priv. del.*).

(2) L'impubère *pubertati proximus* est également réputé capable de commettre un crime (L. 29, *De s. c. t. Sil.*, XXIX, 5).

prodigues interdits, et dans le droit ancien, aux femmes en tutelle. Et en résumé, si nous demandons quelles personnes sont incapables de s'obliger par un délit ou un quasi-délit, la réponse est facile : ce sont seulement les fous dans leurs moments non lucides, et les impubères *infantes* ou *infantiæ proximi*, car aux uns comme aux autres on ne peut imputer ni dol ni faute.

Étudions successivement les quatre délits prévus aux Institutes, savoir le *furtum*, la *rapina*, l'*injuria* et le *damnum injuria datum*.

DU *FURTUM*

SOMMAIRE : I. Des conditions constitutives du *furtum*. — II. De la répression du *furtum*. III. Étude de l'action *furti*. — IV. Des conséquences civiles du *furtum*.

I. — DES CONDITIONS CONSTITUTIVES DU *furtum*.

Lib. IV, Tit. I, *De obligationibus quæ ex delicto nascuntur*, § 1. — Furtum est contrectatio rei fraudulosa, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere (Paul, L. 1 § 3, *De furt.*, XLVII, 2).

§ 2. — Furtum autem vel a furvo, id est nigro, dictum est, quod clam et obscure fit, plerumque nocte ; vel a fraude ; vel a ferendo, id est, auferendo ; vel a græco sermone, qui φώρας appellat fures : imo et Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν φώρας dixerunt (Paul, L. 1 pr., *De furtis*, XLVII, 2).

§ 6. — Furtum autem fit, non solum quum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter quum quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque, sive creditor pignore, sive is apud quem res deposita est, ea re utatur, sive is qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat quam cujus gratia ei data est, furtum committit :

Le vol consiste dans le maniement frauduleux d'une chose. Il porte sur la chose elle-même, ou simplement sur l'usage ou sur la possession, et il est défendu par la loi naturelle.

Furtum vient ou de *furvum*, qui signifie noir, parce que le vol s'opère clandestinement et dans l'obscurité, presque toujours la nuit ; ou de *fraus* ; ou de *ferre*, signifiant emporter ; ou enfin du mot grec φώρ qui signifie voleur ; du reste, les Grecs eux-mêmes ont tiré φώρ de φέρειν.

Il y a vol non seulement lorsqu'on détourne la chose d'autrui en vue de se l'approprier, mais d'une manière générale lorsqu'on la manie contre le gré du maître. Donc si le créancier se sert de la chose engagée, ou le dépositaire de la chose déposée, ils commettent un vol. Cela est également vrai du commodataire qui emploie la chose à un usage différent

veluti, si quis argentum utendum acceperit quasi amicos ad cœnam invitaturus, et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem equum perduxisset (Gaius, III, §§ 195 et 196).

de celui pour lequel elle lui a été donnée, par exemple, s'il a emprunté de l'argenterie sous prétexte d'inviter des amis à dîner et qu'il la porte en voyage avec lui, ou encore si ayant emprunté un cheval pour une promenade il le conduit dans quelque endroit trop éloigné, ainsi que l'ont écrit les anciens à l'égard d'un commodataire qui avait mené un cheval à la bataille.

§ 7. — Placuit tamen eos qui rebus commodatis aliter uterentur quam utendas acceperint, ita furtum committere, si se intelligant id invito domino facere, remque, si intellexisset, non permissurum ; at si permissurum credant, extra crimen videri : optima sane distinctione, quia furtum sine affectu furandi non committitur (Gaius, III, § 197).

Cependant on admet que l'usage des choses prêtées, quoique contraire à la destination fixée par le contrat, ne constitue un vol qu'autant que les commodataires le savent contraire à la volonté du propriétaire et croient que celui-ci le leur interdirait s'il en était informé ; mais s'ils agissent dans la pensée qu'il les autoriserait, ils ne sont plus répréhensibles. Distinction très juste, car il n'y a pas de vol sans intention de voler.

§ 8. — Sed etsi credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quæsitum est, quum Titius servum Mævii sollicitaverit ut quasdam res domino subriperet et ad eum perferret, et servus id ad Mævium pertulerit; Mævius, dum vult Titium in ipso delicto deprehendere, permiserit servo quasdam res ad eum perferre, utrum furti, an servi corrupti judicio teneatur Titius, an neutro. Et quum nobis super hac dubitatione suggestum est, et antiquorum prudentium super hoc altercationes perspeximus, quibusdam neque furti neque servi corrupti actionem præstantibus,

Mais alors même que le commodataire croit user de la chose contrairement à la volonté du maître, si en réalité la volonté de ce dernier est conforme, on dit qu'il n'y a pas de vol. Et de là la question suivante : si Titius invite l'esclave de Mævius à dérober certaines choses à son maître et à les lui apporter, que cet esclave dénonce cette invitation à Mævius, et que celui-ci, voulant prendre Titius en flagrant délit, permette à son esclave de lui porter certains objets, Titius est-il tenu de l'action *furti* ou de l'action *servi corrupti*, ou n'est-il tenu ni de l'une ni de l'autre ? Cette difficulté nous ayant été soumise, après avoir pris connaissance des débats des anciens

quibusdam furti tantummodo, nos hujus modi calliditati obviam euntes per nostram decisionem sanximus non solum furti actionem, sed et servi corrupti contra eum dari. Licet enim is servus deterior a sollicitatore minime factus est, et ideo non concurrant regulæ quæ servi corrupti actionem introducerent, tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, ut sit ei pœnalis actio imposita, tanquam si re ipsa fuisset servus corruptus, ne ex hujus modi impunitate et in alium servum qui facile possit corrumpi, tale facinus a quibusdam perpetretur (Gaius, III, § 198).

prudents et vu que les uns refusaient à la fois l'action *furti* et l'action *servi corrupti* et que les autres donnaient seulement l'action *furti*, nous avons décidé, pour couper court à une pareille fraude, qu'il y aurait lieu non seulement à l'action *furti*, mais aussi à l'action *servi corrupti*. En effet, quoique les conseils donnés à l'esclave ne l'aient pas corrompu, et qu'en conséquence on ne rencontre pas ici toutes les conditions exigées pour donner lieu à l'action *servi corrupti*, il n'en est pas moins vrai qu'ils ont eu pour but de perdre sa probité, et que celui qui les a donnés doit être puni comme s'il avait corrompu l'esclave ; car il ne faut pas que l'impunité encourage de pareilles tentatives relativement à d'autres esclaves peut-être plus faciles à corrompre.

§ 9. — Interdum etiam liberorum hominum furtum fit, velut si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sit, subreptus fuerit (Gaius, III, § 199).

Les hommes libres eux-mêmes font quelquefois l'objet d'un *furtum* ; cela arrive, par exemple, quand on nous dérobe un de nos enfants placé sous notre puissance.

§ 10. — Aliquando etiam suæ rei furtum quisque committit, veluti si debitor rem quam creditoris pignoris causa dedit subtraxerit (Gaius, III, § 200).

Le vol d'une chose peut aussi être commis par le propriétaire lui-même, par exemple quand le débiteur soustrait la chose qu'il a donnée en gage à son créancier.

666. Comme il n'y a pas de vol sans voleur et sans chose volée, les conditions constitutives de ce délit sont de deux sortes : les unes résident dans le fait même du délinquant, les autres tiennent à la chose. En d'autres termes, il y a lieu de rechercher successivement quels sont les caractères du fait qui peut constituer un vol et quelles sont les choses qui peuvent être volées.

Voici d'abord les caractères du fait :

1° Il consiste en une *contrectatio rei*. — Or le mot *contrectatio*

(maniement) présente une signification beaucoup plus étendue que notre mot *soustraction*. Que par exemple un simple dépositaire ou commodataire aliène la chose, qu'un gagiste refuse la restitution du gage, que j'affecte à mes besoins personnels ou à l'acquittement de ma propre dette une somme que j'ai reçue pour la compter au créancier d'autrui, que sciemment j'achète et me fasse livrer la chose d'autrui, de tels faits excluent toute idée de soustraction et néanmoins contiennent l'élément matériel du *furtum* (Inst., §§ 3 à 5, *De usuc.* — L. 22 § 7, *Mand.*, XVII, 1. — L. 52 §§ 7 et 16, *De furt.*, XLII, 2. — L. 12, C., *De furt.*, VI, 2) (1). La *contrectatio* s'analyse donc en un acte de maître (2), et s'il est vrai qu'en notre matière, cet acte consiste presque toujours à soustraire une chose qui ne nous appartient pas (3), il est vrai aussi que tel n'en est pas l'objet nécessaire.

2° Cette *contrectatio* est frauduleuse. — Or si l'on réfléchit que la loi ne réprime en principe que les fraudes dommageables, cette proposition va signifier deux choses (L. 45 §§ 8 et 8, *De furt.*). Il faut d'abord que le délinquant ait cru agir *invito domino*. Donc pas de *furtum*, quand un héritier dispose d'un objet qu'il s'imagine appartenir à l'hérédité alors que le défunt n'en était que locataire ou dépositaire, ou quand un usufruitier peu instruit se croit propriétaire du part de l'esclave et l'aliène (Inst., §§ 4 et 5, *De usuc.*). Il faut en outre que le délinquant ait réellement agi *invito domino*. Et de là une controverse sur l'hypothèse suivante : j'engage votre esclave à vous dérober une chose et à me la remettre. Fidèle, il vous avertit. Mais vous, qui désirez me prendre sur le fait, vous l'exhortez à paraître m'obéir, et se conformant à votre volonté, il m'apporte la chose. Les anciens s'étaient demandé si je pourrais être tenu de l'action *furti* ou de l'action *servi corrupti* (4). Gaius (III, § 198) les

(1) On voit par ces exemples que le *furtum* romain comprend un certain nombre d'hypothèses que nous appelons *abus de confiance*. Il comprenait aussi quelques uns de ceux que nous qualifions *escroquerie* (Voir t. II, page 607, note 2),

(2) Je dis *un acte;* par conséquent l'intention, même la plus arrêtée et la plus voisine de l'exécution, ne constitue jamais un *furtum* (L. 3 § 18, *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2). Il en est de même de la tentative restée sans résultat (Paul, II, 31 § 35).

(3) Telle était bien l'idée de ceux qui faisaient dériver le mot *furtum* du latin *ferre* ou du grec φέρειν (§ 2 *sup.*), et par cette idée s'explique l'emploi fréquent des mots *subripere* et *amovere* comme synonymes de *furari*.

(4) L'action *servi corrupti* est fondée sur le préjudice frauduleusement causé à un maître dans la personne de son esclave. Or ce préjudice peut résulter soit du développement d'un vice, soit d'un mal qui atteint la personne physique. Le mot

rejetait toutes les deux : l'action *furti*, parce que le maître a senti au déplacement de la chose; l'action *servi corrupti*, parce q l'esclave n'a point été détourné de ses devoirs. Justinien, plus sévère donne l'une et l'autre, et cela revient à dire que dans l'espèce, e contrairement aux principes admis en cette matière, il assimile l tentative au délit consommé (§ 8 *sup.*) (1).

3° Le délinquant agit en vue de s'approprier la chose, c'est-à-dire selon le langage des textes, *animo intercipiendi* (§ 6 *sup.*), ou *anim lucrandi* (L. 1 § 3, *De furt.*) (2). — Donc la *contrectatio* déterminé par le simple désir de nuire ne constitue pas un *furtum* (L. 27 § 25 *Ad leg. Aqu.*, IX, 2) (3), et cela nous explique l'action *arborun furtim cæsarum* créée par la loi des douze Tables contre celui q coupe clandestinement les arbres d'autrui. Cette action n'avait d'u lité véritable qu'autant que le délinquant, n'ayant point cherché s'approprier les arbres coupés, échappait à l'action *furti* (L. 8 §§ 1 et 2 *Arb. furt. cæs.*, XLVII, 7) (4). Du reste l'*animus lucrandi* subsist quoique le délinquant se propose de donner la chose volée ; car e la volant il la traite comme sienne, et c'est une façon de bénéficie que de donner (L. 54 § 1, *De furt.*).

667. Quant aux choses qui peuvent faire l'objet d'un vol, elles présentent les quatre caractères suivants :

1° Elles sont corporelles, cela résulte de la nécessité d'une *contrectatio*.

2° Elles sont *in commercio*. — Donc ni les choses sacrées, ni l choses publiques, ni les personnes libres ne peuvent faire l'objet d'

corrumpere est donc pris ici à la fois dans le sens propre et dans le sens figur Cette action a pour objet le double de la valeur que l'esclave a perdue. Elle e donc pénale pour moitié (L. 1 pr. et § 4; L. 3 § 1; L. 14 § 8, *De serv. corr.*, XI, 3).

(1) On peut trouver bizarre que Justinien n'ait point généralisé cette assimilation. Il aurait dû, ce semble, la faire partout ou ne la faire nulle part.

(2) Cet *animus lucrandi* joint à l'intention d'agir *invito domino* constitue ce que les textes appellent *animus* ou *affectus furandi* (Inst., § 5, *De usuc.* — § 7 *sup.*).

(3) Il n'y a pas non plus *furtum* si la *contrectatio* dérive d'une simple vue de débauche, par exemple si quelqu'un enlève une *meretrix aliena ancilla* pour la faire servir à ses plaisirs (L. 37, *De furt.*). Telle est du moins la doctrine admise par Ulpien; mais Paul la contredit (II, 31 §§ 12 et 31. — L. 82 § 2, *De furt.*).

(4) Cette action a pour objet le double du dommage causé au propriétaire (L. 7 § 7; L. 8 pr., *Arb. furt. cæs.*). Du reste le délit qu'elle réprime fut compris plus tard dans les prévisions du troisième chef de la loi Aquilia. Dès lors le propriétaire eut deux actions; mais on admit que l'une ayant été exercée, l'autre ne pourrait plus l'être que jusqu'à concurrence de ce qu'elle aurait de plus avantageux (L. 1, *Arb. furt. cæs.*).

rtum (1). Cependant ce principe subit trois exceptions relatives aux personnes *in potestate*, au débiteur incarcéré chez son créancier à raison d'une condamnation non exécutée (*judicatus*), et à celui qui a loué ses services comme gladiateur (*auctoratus*) (2). Dans ces trois cas l'action *furti* compète au père de famille, au créancier et au *conductor* (Gaius, III, § 199. — L. 14 § 13, *De furt.* — § 9 *sup.*), et elle est fondée sur le préjudice matériel que le détournement leur cause, le père de famille ne pouvant plus bénéficier du travail de son fils, le créancier vendre son débiteur, et le *conductor* faire exécuter le bail.

3° Elles sont mobilières. — Cette règle, jadis contestée (3), eût toujours échappé à la controverse si le *furtum* avait impliqué soustraction. Du reste elle n'empêche pas qu'il y ait vol dans le cas où le délit a pour résultat de mobiliser une chose jusque-là immobilière, ainsi qu'il arrive lorsqu'une personne cueille sans droit des fruits encore pendants (L. 12 § 5, *De usuf.*, VII, 1),

4° Enfin, on ne vole que des choses qui ont un possesseur. — Cette règle ne fut-elle pas établie dans l'unique but de permettre l'usucapion *pro herede ?* Cela est possible ; ce qui est sûr, c'est que son application principale se rapporte aux *res hereditariæ*. En cette matière, la fiction *hereditas personam sustinet* est mise de côté, ou, si l'on aime mieux, l'hérédité, quoique considérée comme une personne, est incapable de détenir et de vouloir, et en conséquence, aussi longtemps qu'elle reste jacente, les choses héréditaires demeurent sans possesseur. Bien mieux, l'héritier, une fois saisi par l'adition, ne peut recueillir que ce que l'hérédité contient; il a donc besoin, pour posséder, d'appréhender matériellement les choses héréditaires (L. 1 § 15, *Si is qui test.*, XLVIII, 4) (4). Et de là cette conclusion

(1) Cela ne veut pas dire que la répression fasse défaut. Elle est au contraire organisée avec une extrême sévérité, pour les deux premiers cas, par la *lex Julia peculatus*, et pour le troisième cas, par la *lex Favia de plagiariis* (Inst., §§ 9 et 10, *De publ. jud.*).

(2) Le sens du mot *auctoratus* est nettement déterminé par la table d'Héraclée (cap. VIII) et par la *collatio legum mosaicarum* (Tit. IX, cap. II § 2).

(3) La controverse est attestée par Justinien (Inst., § 7, *De usuc.* — L. 25 pr., *De furt.*), par Gaius (II, 51), et par Aulu-Gelle (X, 18). Ce dernier auteur nous apprend que Sabinus avait admis le vol des immeubles, et qu'en fait un fermier avait été condamné comme voleur pour avoir vendu le fonds loué.

(4) On a vu (n° 238), en étudiant l'usucapion et la *longi temporis præscriptio*, que cette appréhension matérielle a pour effet de rattacher immédiatement la possession de l'héritier à celle du défunt.

générale : pendant tout le temps qui s'écoule entre l'ouverture de l'hérédité et la prise de possession réelle par l'héritier, celui qui s'empare d'une *res hereditaria* s'expose bien à la *rei vindicatio* et à l'action *ad exhibendum* (L. 40, *De nox. act.*, IX, 4. — L. 1, C., *De nox. act.*, III, 41), mais ne commet pas de *furtum* (Gaius, III, § 201. — Paul, II, 31 § 11) (1). Toutefois la règle cesse à l'égard des choses qui, au moment du décès, se trouvent régulièrement entre les mains d'une personne intéressée à empêcher le vol, par exemple d'un gagiste, d'un commodataire ou d'un usufruitier (LL. 68 à 70, *De furt.*), et à plus forte raison ne s'applique-t-elle pas aux choses que le défunt détenait *alieno nomine* (L. 14 § 14, *De furt.*) (2).

Jusqu'à présent je n'ai envisagé que le *furtum rei*, c'est-à-dire celui par lequel on tend à s'approprier la chose. Mais les Institutes (§ 1 *sup.*) nous signalent aussi un *furtum usus* et un *furtum possessionis*. Il y a *furtum usus*, lorsque celui qui détient régulièrement la chose d'autrui en use sans droit et sachant qu'il agit co[illegible] le gré du propriétaire. Tel est donc, en général, le cas du d[illegible]sitaire et du gagiste qui font de la chose un usage quelconque ; et t[illegible] est aussi le cas du commodataire qui l'affecte à un usage que son contrat n'autorise pas (§§ 6 et 7 *sup.* — n°s 595, 597, 599). Quant au *furtum possessionis*, c'est celui que commet le propriétaire lui-même (3), et on le rencontre dans deux ordres d'hypothèses : d'abord lorsque j'enlève une chose à quelqu'un qui la possède et qui [illegible] intéressé à conserver cette possession, par exemple à un gagis[illegible] payé ou à un acquéreur de bonne foi (§ 10 *sup.* — Gaius, III, § [illegible] en second lieu, lorsque la personne que je dépouille est un simple détenteur, mais régulièrement nanti et intéressé à ne pas se des-

(1) Cicéron (*Epist. ad div.*, VII, 22) nous apprend que cette doctrine avait soulevé anciennement les protestations de trois jurisconsultes. Mais sans doute la controverse n'avait pas été longue ; car son correspondant Trébatius, l'un des plus savants jurisconsultes de ce temps, ne la connaissait pas. Je rappelle, au surplus, que depuis Marc-Aurèle l'occupation frauduleuse d'une *res hereditaria* fut réprimée par le *crimen expilatæ hereditatis* (n° 243 *in fine*), et j'ajoute que commise par un esclave affranchi *testamento*, elle le soumettait à une action *in duplum* (L. 1 pr., *Si is qui test.*, XLVII, 4).

(2) En cette matière, Paul assimile les *res sine domino* aux *res hereditariæ* (L. [illegible] *Expil. her.*, XLVII, 19), d'où nous devons conclure que les choses sans ma[illegible] peuvent être volées lorsqu'elles ont un possesseur. Que si elles n'en ont pas, [illegible] vol est impossible par cela même et aussi parce que la *contrectatio* ne saurai[illegible] frauduleuse.

(3) Il ne faudrait donc pas, dans une définition générale, exprimer que le *fu*[illegible] porte sur la chose d'autrui.

saisir; par exemple, c'est un commodataire ou un usufruitier qui a . des dépenses nécessaires et qui retenait la chose *pignoris loco* . 15 §§ 1 et 2; L. 59, *De furt.*) (1).

II. — DE LA RÉPRESSION DU FURTUM.

Lib. IV, Tit. I, *De obligationibus quæ ex delicto nascuntur*, § 3. — Furtorum autem genera duo sunt, manifestum et nec manifestum : nam conceptum et oblatum species potius actionis sunt furto cohærentes quam genera furtorum, sicut inferius apparebit. Manifestus fur est, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant : nec solum is qui in furto deprehenditur, etiam is qui in eo loco deprehen- quo fit, veluti qui in domo tum fecit, et nondum egressus januam deprehensus fuerit, et qui in oliveto olivarum, aut in vineto uvarum furtum fecit, quamdiu in oliveto aut vineto fur deprehensus it. Imo ulterius furtum manifestum ndendum est, quamdiu eam rem hens visus vel deprehensus t, sive in publico, sive in privato, vel a domino, vel ab alio, antequam eo pervenerit, quo perferre ac deponere rem destinasset : sed si pertulit quo destinavit, tametsi de- rehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis quæ diximus intelligitur; nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum t (Gaius, III, §§ 183 à 185).

Il a deux sortes de vol, l'un manifeste, l'autre non manifeste. Quant aux expressions *furtum conceptum* et *furtum oblatum*, elles désignent des espèces d'actions qui résultent du vol plutôt que des espèces de vol, ains qu'on le verra plus loin. Le voleur manifeste est celui que les Grecs appellent ἐπ' αὐτοφώρῳ; non seulement celui qui est pris commettant le vol, mais aussi celui qu'on prend sur le lieu même du vol, par exemple, celui qui ayant volé dans une maison est pris avant d'en avoir franchi la porte, ou qui ayant volé dans un plan d'oliviers ou dans un vignoble s'y trouve encore au moment où on le prend. Bien plus, il y a aussi vol manifeste, lorsque le voleur encore nanti de la chose est vu ou arrêté, dans un lieu public ou privé, soit par le propriétaire, soit par tout autre, mais avant d'être arrivé à l'endroit où il se proposait de porter ou de déposer la chose; que si la chose est déjà remise à sa destination, il a beau la détenir encore au moment où on le prend, il n'est pas voleur manifeste. Quant au vol non manifeste, d'après ce que nous venons dire on comprend quel il est; car tout vol qui n'est pas manifeste est non manifeste.

) Le vendeur non payé retient aussi la chose *pignoris loco*, et l'acheteur qui ui dérobe commet un *furtum* (L. 14 § 1, *De furt.*). Mais est-ce là un simple *rtum possessionis?* Je ne le crois pas, car le vendeur est encore propriétaire.

§ 4. — Conceptum furtum dicitur, quum apud aliquem, testibus præsentibus, furtiva res quæsita et inventa sit; nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quæ appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, quum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit, utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius quam apud eum qui dedit, conciperetur; nam tibi apud quem concepta sit, propria adversus eum qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio quæ appellatur oblati. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum qui furtum quærere testibus præsentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna constituitur edicto prætoris per actionem furti non exhibiti, adversus eum qui furtivam rem apud se quæsitam et inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, id est, concepti, et oblati, et furti prohibiti, nec non furti non exihibiti, in desuetudinem abierunt; quum enim requisitio rei furtivæ hodie secundum veterem observationem non fit, merito ex consequentia etiam præfatæ actiones ab usu communi recesserunt, quum manifestissimum est, quod omnes qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt (Gaius, III, §§ 186 à 188).

On dit qu'il y a *furtum conceptum*, lorsque la chose volée a été cherchée et trouvée chez quelqu'un en présence de témoins : en effet, on a établi contre le détenteur, alors même qu'il n'est point l'auteur du vol, une action spéciale appelée *furti concepti*. On dit qu'il y a *furtum oblatum*, lorsque la chose volée vous a été remise et qu'elle a été trouvée chez vous, mais cela si l'intention de celui qui vous l'a remise était qu'elle fût saisie chez vous plutôt que chez lui; car une action spéciale, qu'on appelle *furti oblati*, vous est donnée contre celui qui vous a remis la chose, encore qu'il ne soit point le voleur. Il y a aussi une action *furti prohibiti* contre celui qui empêche que la chose volée ne soit recherchée en présence de témoins. En outre, l'édit du préteur crée l'action *furti non exhibiti* pour punir celui chez qui la chose volée a été cherchée et trouvée après qu'il avait refusé de l'exhiber. Mais ces actions *furti concepti, oblati, prohibiti, non exhibiti*, sont tombées en désuétude. En effet, la recherche de la chose volée ne se faisant plus aujourd'hui selon les anciennes formalités, ces actions, par voie de conséquence, ont dû cesser d'être en usage; car il est de la dernière évidence que tous ceux qui sciemment reçoivent et recèlent un objet volé sont coupables de vol non manifeste.

§ 5. — Pœna manifesti furti, quadrupli est, tam ex servi quam ex liberi persona; nec manifesti, dupli (Gaius, III, §§ 189 à 190).

La peine du vol manifeste est du quadruple, soit que le vol ait été commis par un esclave ou par un homme libre; celle du vol non manifeste est du double.

668. Distinguons le droit des douze tables, le droit classique, et le droit de Justinien.

Droit des douze tables. — Je l'analyse comme il suit : 1° en cas de flagrant délit, la loi distingue entre le voleur de nuit et le voleur de jour. Le premier peut toujours être tué impunément, le second le peut lorsqu'il se défend à main armée (*telo*) (1); 2° d'une manière plus générale la loi distingue entre le voleur non manifeste et le voleur manifeste. Le premier encourt une peine pécuniaire égale au double du préjudice causé, et cette peine est poursuivie par l'action *furti nec manifesti*. Quant au second, il subit toujours la flagellation. S'il est impubère, la peine s'arrête là; sinon, ce n'en est que le commencement : esclave, on le précipite du haut de la roche Tarpéienne ; homme libre, une sentence du magistrat l'attribue (*addicit*) à la personne volée et en fait en quelque sorte sa chose (2) ; 3° la loi organise un mode solennel de perquisition de la chose volée. La recherche se fait *lance licioque*, c'est-à-dire par un homme dont le vêtement se réduit à une ceinture et qui tient un plat à la main (3), et lorsqu'elle aboutit, le détenteur est puni comme voleur manifeste. Aussi quelques auteurs disaient-ils qu'en cette hypothèse il y avait un *furtum* manifeste *lege*, et non pas *natura* (Gaius, III, §§ 189, 190, 192, 193 et 194. — Aul. Gell., XI, 18); 4° deux actions spéciales, ayant pour objet une peine pécuniaire du triple, sont établies sous les noms d'actions *furti concepti* et *furti oblati* (4). L'action *furti concepti* se donne contre celui chez qui la chose volée a été cherchée et trouvée en présence de témoins, mais sans l'intervention des

(1) *Telum* désigne toute espèce d'armes, même des pierres ou un bâton (L. 54 § 2, *De furt.* — L. 233 § 2, *De verb. sign.*, L, 16). Du reste, le meurtre doit être accompagné de cris qui en attestent en quelque sorte la nécessité (L. 4 § 1, *Ad leg. Aqu.*, IX, 2).

(2) Cette sentence entraînait-elle esclavage immédiat, ou plaçait-elle simplement le voleur dans la condition de l'*adjudicatus?* Gaius (III, § 189) nous apprend qu'à cet égard on discutait. Au surplus la condition de l'*adjudicatus* ne nous est pas elle-même bien connue. Ce qui est sûr, c'est que le voleur, s'il ne devenait pas immédiatement esclave, pouvait le devenir dans un très bref délai. Aussi Gaius lui-même tient-il la peine pour capitale (IV, § 111).

(3) Quelle était la signification de ce plat ? Les Romains eux-mêmes ne le savaient pas bien. Gaius (III, § 193) donne deux explications, et nous en trouvons une troisième dans Festus (v° *Lance et licio*).

(4) Ici, de même que dans les expressions *furtum prohibitum* et *furtum non exhibitum*, le mot *furtum* ne désigne pas le vol, mais la chose volée; et ce sens se retrouve parfois dans la langue des jurisconsultes (L. 7 § 2, *De furt.*). Cette observation suffit pour montrer que Gaius (III, § 183) a raison de rejeter une opi-

formes bizarres qui viennent d'être décrites. Quant à l'action *furti oblati*, elle suppose que la chose a été remise à une personne de bonne foi, et cela par quelqu'un qui aimait mieux la voir saisir aux mains d'un tiers qu'en ses propres mains. En pareil cas, le détenteur, tenu de l'action *furti concepti*, intente l'action *furti oblati* contre la personne, quelle qu'elle soit, qui lui a remis la chose (Gaius, III, §§ 186, 187, 191. — Théophile, sur le § 4, *De obl. ex del.*).

Droit classique. — Plusieurs innovations, dont il n'est guère possible de fixer l'ordre chronologique, furent introduites : 1° le voleur nocturne fut assimilé au voleur de jour et ne put plus être tué impunément qu'autant qu'il se défendait à main armée (L. 7 § 1, *Quod met. caus.*, IV, 2. — L. 9, *Ad leg. Corn. de sic.*, XLVIII, 8) ; 2° à la peine exagérée du *furtum manifestum* le préteur substitua, quel que fût le délinquant, une peine pécuniaire du quadruple qui dut être poursuivie par l'action dite *furti manifesti* (Gaius, III, § 189) ; 3° en fait, la perquisition *lance licioque* pouvait être empêchée par la personne intéressée, et la loi des Douze Tables n'avait pas prévu le cas. Le préteur répara cet oubli par l'action *furti prohibiti* donnée au quadruple contre quiconque empêcherait la recherche solennelle de l'objet volé (Gaius III, § 192) ; 4° une autre action au quadruple, dite *furti non exhibiti*, et dont la mention ne se trouve que dans les Institutes et dans Théophile (§ 4 *sup.*), fut crée par le préteur. Elle se donne contre le détenteur qui n'a pas voulu représenter la chose et chez qui elle a été solennellement recherchée et découverte. Au fond donc le préteur suit ici l'esprit des Douze Tables : il traite le détenteur comme voleur manifeste et se contente d'adoucir la peine ; 5° enfin lorsque eut disparu l'usage de vendre les débiteurs condamnés qui n'exécutaient pas la sentence, une peine pécuniaire parut à bon droit insuffisante à l'égard des voleurs insolvables. Aussi la jurisprudence permit-elle au volé d'exercer un *crimen privatum* qui entraînait des peines corporelles (L. 92, *De furt.*) (1). Mais le recours à cette voie emportait renonciation à l'action *furti* (L. 56 § 1, *De furt.*), et il est probable que la réciproque était admise (2).

nion d'après laquelle le *furtum conceptum* et le *furtum oblatum* auraient formé deux espèces de vol à ajouter au *furtum manifestum* et au *furtum nec manifestum*. Cette opinion se rencontre pourtant dans les sentences de Paul (II, 31 § 2).

(1) Peut-être cette sévérité ne fut-elle d'abord admise qu'à l'égard du voleur nocturne (LL. 1 et 2, *De fur. baln.*, XLVII, 17).

(2) Lorsque le même fait engendre à la fois une action criminelle qui appartient à tout le monde et une action civile qui appartient à une personne déterminée,

Droit de Justinien. — Les actions *furti concepti, oblati, prohibiti, non exhibiti*, étaient tombées en désuétude (1) : pour mettre la loi d'accord avec le fait, Justinien les supprime, et cela est sans danger, puisque d'après le droit commun quiconque se charge sciemment de la garde d'une chose volée s'associe au délit et encourt la peine du double (§ 4 *sup.*). Désormais donc, sans parler du droit de tuer le voleur en un cas donné, le *furtum* engendre soit un *crimen privatum*, soit l'une des actions *furti manifesti* ou *nec manifesti*. Ces deux actions forment, dans le dernier état de la législation, les seules voies de répression civile (§ 5 *sup.*).

669. Recherchons maintenant ce qu'il faut entendre par *furtum manifestum*. Si nous nous plaçons à l'époque de Gaius (III, § 184), quatre systèmes s'étaient produits : 1° il n'y a vol manifeste qu'autant que le voleur est pris sur le fait (2), c'est-à-dire avant la pleine consommation du délit (3) ; 2° c'est assez qu'on le surprenne sur le théâtre même du vol, et il n'importe que le délit soit ou non consommé ; 3° il suffit que le voleur soit surpris avant d'avoir porté la chose à sa destination ; 4° le vol est manifeste par cela seul que le voleur est encore nanti de la chose au moment de la découverte du vol.

Les deux premiers systèmes sont d'une netteté qui ne laisse pas la moindre place aux appréciations arbitraires ; aussi ne doit-on pas s'étonner qu'ils fussent les seuls accrédités au temps de Gaius qui lui-même adopte le second. Quant au quatrième, il était dès lors unanimement rejeté ; sans doute on l'avait fondé sur cette idée, que, le voleur restant en contact avec la chose, le délit par cela même se continue ou se renouvelle à chaque instant. Mais cette idée, quoique juste à certains

c'est une règle générale que l'exercice de l'une laisse subsister l'autre (L. 1, C., *Quand. civ. act.* IX, 31. — L. 3, C., *De leg. Aqu.*, III, 35. — L. 9 § 2, *De dol. mal.*, IV, 3. — L. 1 § 1, *Vi bon. rapt.*, XLVII, 8). Mais tel n'est pas le cas qui nous occupe.

(1) La perquisition *lance licioque* paraît avoir disparu avec les *legis actiones* (Aul. Gell., XVI, 10). Et de là la désuétude des actions *furti prohibiti* et *furti non exhibiti*. Quant à l'action *furti concepti*, c'est probablement son iniquité qui la fit mettre de côté ; car elle atteignait des personnes de bonne foi. Enfin l'action *furti oblati* n'avait plus de raison d'être, dès que l'action *furti concepti* ne s'appliquait pas.

(2) J'évite l'expression flagrant délit, quelque exacte qu'elle soit en elle-même, afin de prévenir toute confusion des idées romaines et des nôtres.

(3) J'estime qu'à l'origine le premier système régna sans discussion, car l'extrême rigueur de la loi comportait l'interprétation la plus étroite. C'est seulement lorsque le vol manifeste ne fut plus réprimé que par une peine pécuniaire que l'on put raisonnablement étendre le sens de l'expression *furtum manifestum*.

égards (1), ne pouvait être de mise ici; on devait se placer au début pour apprécier le caractère du *furtum* (L. 6, *De furt.*). Enfin, en ce qui concerne le troisième système, Gaius lui reprochait, non sans quelque raison, d'ouvrir la porte à l'arbitraire. Car que fallait-il entendre par la destination de la chose? S'agissait-il d'une destination provisoire ou définitive? Et puis, comment deviner les intentions du voleur? Cependant c'est ce système qui prévalut. Paul l'adopte dans ses sentences (II, 31 § 2), et Justinien dans ses Institutes (§ 5 *sup.*). Mais on le précisa en décidant que la destination s'entendrait de l'endroit où le voleur se serait proposé de porter la chose le jour même du vol (L. 3 § 5; LL. 4 et 5 pr., *De furt.*) (2).

III. — ÉTUDE DE L'ACTION *furti*.

Lib. IV, tit. I, *De obligationibus quæ ex delicto nascuntur*, § 11. — Interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecit, qualis est cujus ope consilio factum est. In quo numero est, qui tibi nummos excussit ut alius eos raperet, aut tibi obstitit ut alius rem tuam exciperet, aut oves tuas vel boves fugavit ut alius eas caperet; et hoc veteres scripserunt de eo qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam, et non data opera ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debet. At ubi ope Mævii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope consilio ejus quoque furtum

Certaines personnes sont tenues à raison du vol commis par un tiers, ce sont celles qui ont donné aide et conseil au voleur; par exemple celui qui a fait tomber vos deniers pour qu'un autre les enlevât, qui s'est placé devant vous pour qu'on s'emparât de votre chose, ou qui a mis en fuite vos brebis ou vos bœufs pour permettre à quelqu'un de les prendre : et telle fut la décision des anciens à l'égard d'une personne qui, en agitant un drapeau rouge, avait fait fuir un troupeau de bœufs. Que si dans ces divers actes il y a seulement légèreté, et non pas intention de faciliter le vol, ils ne don-

(1) On en conclut notamment que si l'esclave qui a volé son maître vient à être affranchi et continue de *contrectare rem*, il devient passible de l'action *furti* qui, à l'origine, n'avait pas pu prendre naissance (L. 17, § 1, *De furt.* — L. 1, C., *De nox. act.*, III, 41). La même idée nous explique pourquoi, soit dans l'action *furti*, soit dans la *condicio furtiva*, la condamnation s'apprécie d'après la haute valeur que la chose a eue depuis le jour du délit (nos 672 et 673). Cette explication est formellement indiquée par Celsus (L. 67 § 2, *De furt.*)

(2) A quelque système qu'on s'arrêtât, la distinction du vol manifest eet du vol non manifeste présentait quelque chose de faux en elle-même et d'immoral : car elle se résout toujours en une préférence pour le voleur qui se cache et qui se hâte :

admitti videtur, qui scalas forte fenestris supposuit, aut ipsas fenestras vel ostium effregit ut alius furtum faceret, quive ferramenta ad effringendum, aut scalas ut fenestris supponerentur, commodaverit, sciens cujus rei gratia commodaverit. Certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti (Gaius, III, § 202).

nent lieu qu'à une action *in factum*. Mais lorsque Mævius a aidé Titius à commettre le vol, tous deux sont tenus de l'action *furti*. Est aussi réputé donner aide et conseil au voleur celui qui place une échelle sous la fenêtre, ou qui brise la fenêtre elle-même ou la porte afin de faciliter l'action du voleur, et de même celui qui prête, sachant quel en doit être l'usage, des outils pour pratiquer une effraction ou des échelles pour les appliquer contre les fenêtres. Quant à celui qui n'a point concouru à l'exécution du vol, mais qui a seulement fourni des conseils et des exhortations, il n'est pas tenu de l'action *furti*.

§ 12. — Hi qui in parentum vel dominorum potestate sunt, si rem eis subripiant, furtum quidem illis faciunt, et res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usucapi potest antequam in domini potestatem revertatur; sed furti actio non nascitur, quia nec ex alia causa potest inter eos actio nasci. Si vero ope consilio alterius furtum factum fuerit, quia utique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur, quia verum est ope consilio ejus furtum factum esse.

Les personnes qui, placées sous la puissance d'un ascendant ou d'un maître, lui dérobent quelque chose, commettent un véritable vol, et la chose devient chose volée, donc ne peut plus être usucapée par qui que ce soit avant d'être rentrée au pouvoir de son propriétaire ; mais l'action *furti* ne naît pas, parce qu'aucune espèce d'action ne peut naître entre ces personnes. Que si le vol a été accompli avec l'aide et le conseil d'un tiers, ce tiers est tenu de l'action *furti*, et cela parce qu'un vol a vraiment été commis et qu'il y a concouru par son aide et ses conseils.

§ 13. — Furti autem actio ei competit cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si ejus intersit rem non perire (Gaius, III, § 203).

L'action *furti* compète à celui qui est intéressé à la conservation de la chose, quoiqu'il n'en soit pas propriétaire. Et en conséquence, elle ne compète au propriétaire lui-même que lorsqu'il est intéressé à ce que la chose ne périsse pas.

§ 14. — Unde constat creditorem

Aussi est-il constant que le créan-

de pignore subrepto furti actione agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat, quia expedit ei pignori potius incumbere quam in personam agere; adeo quidem ut, quamvis ipse debitor eam rem subripuerit, nihilominus creditori competit actio furti (Gaius, III, § 204).

cier auquel on a dérobé le gage peut user de l'action *furti*, et cela encore que son débiteur soit solvable; car il lui importe d'exercer son droit de gage plutôt que son action personnelle; et cela est tellement vrai que le vol eût-il été commis par le débiteur, le créancier n'en aurait pas moins l'action *furti*.

§ 15. — Item, si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit, eaque furto amiserit, ipse furti actionem habet, non dominus; quia domini nihil interest eam rem non periisse, quum judicio locati a fullone aut sarcinatore rem suam persequi potest. Sed et bonæ fidei emptori subrepta re quam emerit, quamvis dominus non sit, omnimodo competit furti actio, quemadmodum et creditori. Fulloni vero et sarcinatori non aliter furti competere placuit quam si solvendo sint, hoc est, si domino rei æstimationem solvere possint; nam si solvendo non sunt, tunc quia ab eis suum dominus consequi non possit, ipsi domino furti competit actio, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse. Idem est, et si in partem solvendo sint fullo aut sarcinator (Gaius, III, § 209).

De même, lorsque par l'effet d'un vol un dégraisseur ou un tailleur perdent les vêtements qu'ils s'étaient chargés de nettoyer ou de raccommoder pour un salaire déterminé, c'est à eux, non au propriétaire, qu'appartient l'action *furti*; car la perte n'intéresse pas le propriétaire qui a l'action *locati* pour se faire indemniser par le dégraisseur ou le tailleur. L'acheteur de bonne foi lui-même, si la chose achetée lui est volée, peut toujours, quoiqu'il ne soit pas propriétaire, exercer l'action *furti* à l'exemple du gagiste. Mais à l'égard du dégraisseur et du tailleur, l'action *furti* ne leur compète qu'autant qu'ils sont solvables, et par conséquent en mesure de rembourser au propriétaire la valeur de sa chose; que s'ils sont insolvables, le propriétaire ne pouvant se faire indemniser par eux, c'est à lui-même que l'action *furti* compète comme étant alors intéressé à la conservation de la chose. Il en est de même quand le dégraisseur et le tailleur ne sont solvables qu'en partie.

§ 16. — Quæ de fullone et sarcinatore diximus, eadem et ad eum cui commodata res est, transferenda veteres existimabant; nam, ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam

Ce que nous avons dit du dégraisseur et du tailleur, les anciens croyaient devoir l'appliquer aussi au commodataire; car de même que le dégraisseur s'oblige à garder la

præstat, ita is quoque qui commodum utendi percipit, similiter necesse habet custodiam præstare. Sed nostra providentia etiam hoc in nostris decisionibus emendavit, ut in domini voluntate sit, sive commodati actionem adversus eum qui rem commodatam accepit, movere desiderat, sive furti adversus eum qui rem subripuit, et alterutra earum electa dominum non posse ex pœnitentia ad alteram venire actionem. Sed, si quidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit penitus liberari; sin autem commodator veniat adversus eum qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem, eum autem qui pro re commodata convenitur posse adversus furem furti habere actionem : ita tamen, si dominus, sciens rem esse subreptam, adversus eum cui res commodata fuit pervenit. Sin autem nescius et dubitans rem non esse apud eum, commodati actionem instituit, postea autem re comperta, voluit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem pervenire, tunc licentia ei concedatur et adversus furem venire, nullo obstaculo ei opponendo, quoniam incertus constitutus movit, adversus eum qui rem utendam accepit, commodati actionem, nisi domino ab eo satisfactum est : tunc etenim omnimodo furem a domino quidem furti actione liberari, suppositum autem esse ei qui pro re sibi commodata domino satisfecit; quum manifestissimum est, etiamsi ab initio dominus actionem commodati instituit ignarus rem esse sub-

chose à raison du salaire qu'il reçoit, de même celui qui bénificie de l'usage d'une chose est dans la nécessité de veiller à sa garde. Mais par une de nos décisions nous avons sagement corrigé cette règle : désormais le propriétaire pourra, à son gré, ou user de l'action *commodati* contre le commodataire ou exercer l'action *furti* contre le voleur, et quand il aura choisi l'une des deux, il ne pourra plus se repentir et prendre l'autre. Que s'il s'adresse de préférence au voleur, le commodataire sera libéré; si au contraire il poursuit le commodataire, le droit d'exercer l'action *furti* contre le voleur ne lui appartiendra plus du tout, mais passera au débiteur poursuivi à raison du commodat; mais cela en supposant que le propriétaire connaissait le vol au moment où il a exercé son action contre le commodataire. Que si à ce moment il n'avait point la connaissance ou la certitude du vol, et que l'ayant acquise plus tard, il veuille abandonner l'action *commodati* et recourir à l'action *furti*, nous voulons qu'il soit libre de le faire, et cela à raison de l'incertitude même qui l'a déterminé à agir contre le commodataire. Si pourtant celui-ci lui avait déjà donné satisfaction, le voleur se trouverait entièrement libéré de l'action *furti* envers le propriétaire et ne serait plus tenu qu'envers le commodataire qui a satisfait. Du reste il est de toute évidence que si le propriétaire a commencé, dans l'ignorance du vol, à poursuivre le commodataire, et qu'ensuite instruit de

reptam, postea autem hoc ei cognito adversus furem transivit, omnimodo liberari eum qui rem commodatam accepit, quemcumque causæ exitum dominus adversus furem habuerit : eadem definitione obtinente, sive in partem, sive in solidum solvendo sit is qui rem commodatam accepit (Gaius, III, § 206).

§ 17. — Sed is apud quem res deposita est, custodiam non præstat; sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit. Qua de causa, si res ei subrepta fuerit, quia restituendæ ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id ejus interest rem salvam esse, furti agere non potest, sed furti actio domino competit (Gaius, III, § 207).

la vérité, il détourne ses poursuites contre le voleur, le commodataire se trouve par cela même absolument libéré, quelle que puisse être l'issue de l'action engagée contre le voleur. Cette décision s'applique sans qu'il y ait à distinguer si le commodataire est solvable pour le tout ou pour partie seulement.

Quant au dépositaire, il ne répond point de sa négligence à garder la chose, mais il n'est tenu que de son dol. Aussi, lorsque la chose lui est volée, comme il n'est plus tenu de la restituer et qu'en conséquence il ne lui importe pas qu'elle soit ou non conservée, ce n'est pas lui qui peut exercer l'action *furti*, mais bien le propriétaire.

670. Déterminons d'abord les personnes tenues de l'action *furti*. La règle générale est qu'on la donne contre le voleur. Mais ne se donne-t-elle jamais que contre le voleur, et le voleur lui-même en est-il toujours tenu ? A ces deux questions il faut répondre négativement.

Outre le voleur lui-même, trois sortes de personnes peuvent être soumises à l'action *furti* : 1º les complices, et j'appelle ainsi ceux qui ont une part active dans la perpétration du délit, mais une part accessoire, en ce qu'ils restent étrangers au fait même de la *contrectatio*. La complicité résulte soit d'un concours matériel (*ops*) fourni en connaissance de cause, par exemple je brise la fenêtre par où le voleur doit s'introduire, soit d'un concours moral (*consilium*), tel que des menaces ou des promesses (L. 50 § 3, *De furt.*) (1). Dans l'un et l'autre

(1) On a quelquefois prétendu qu'il n'y a pas de véritable complicité sans une aide matérielle, et on a allégué le langage des Institutes *cujus ope consilio furtum factum sit* (§ 11 *sup.*). Mais il y a là une exagération certaine. Les Institutes veulent simplement dire, et elles s'en expliquent avec netteté, qu'un simple conseil ne suffit jamais. Deux exemples me feront comprendre : je conseille à un esclave de prendre la fuite, et il m'écoute. En principe, je ne suis point tenu de l'action *furti*, quoique à certains égards l'esclave fugitif soit réputé se voler lui-même. Que si pourtant mon conseil avait eu pour but de servir les projets d'un tiers qui voulait s'emparer de l'esclave et qui s'en est effectivement emparé, je serais alors soumis à l'action *furti* (L. 36 pr., *De furt.*).

cas, du reste, il est de toute évidence que le complice échappe à la peine si le délit n'est point consommé (§ 11 *sup*. — L. 52 § 19, *De furt*. — L. 53 § 2, *De verb. sign*., L. 16); 2° les recéleurs (Inst., § 4 *in fine, De obl. quæ ex del*.), car ils encouragent l'industrie des voleurs par l'espérance de l'impunité (L. 1, *De recept*., XLVII, 16); 3° ceux qui, une fois le délit consommé, s'y associent par une approbation et en tirent un profit. Tel me paraît être le sens de la règle : *in maleficio ratihabitio mandato comparatur* (L. 152 § 2, *De reg. jur*., L. 17. — L. 1 § 14, *De vi*, XLIII, 16. — T. II, p. 592, note 3) (1).

Quant aux cas où le voleur échappe à l'action *furti*, je les ramène à trois : 1° le délinquant est une personne *alieni juris*, et la victime du vol est précisément le père de famille sous la puissance duquel il se trouve. L'exclusion de l'action *furti* n'est ici que l'application d'un principe général (§§ 12 *sup*. — L. 4, *De jud*., V, 1) (2), et on remarquera que le père de famille, grâce à son droit sur la personne du voleur, peut lui infliger une peine de son choix (LL. 16 et 17 pr., *De furt*.); 2° entre mari et femme il n'y a pas non plus d'action *furti*. Mais le vol donne lieu à une simple réparation civile qui s'obtient, s'il a été commis *divortii consilio*, par l'action *rerum amotarum*, sinon, par la revendication ou la *condictio* (n° 92, — LL. 23 à 25; L. 29, *Rer. amot*., XXV, 2); 3° il s'agit d'un *furtum domesticum*, c'est-à-dire d'un vol commis soit par un client ou un affranchi contre son patron, soit par un domestique à gages contre son maître. Mais ici l'action *furti* ne paraît écartée qu'autant que le voleur habite chez la personne volée (L. 89, *De furt*. — L. 11 § 1, *De pœn*., XLVIII, 19). Au surplus, dans toutes ces hypothèses le fait conserve son caractère de *furtum*, ce qui signifie que la chose devient *furtiva*, et que les complices, s'il y en a, n'échappent pas à l'action *furti* (§ 12 *sup*. — LL. 1 et 29, *Rer. amot*.).

671. Que si maintenant on demande quelle est la personne investie de l'action *furti*, les Institutes (§ 13 *sup*.) nous répondent que c'est la personne intéressée, et dans l'immense majorité des cas cette personne ne sera autre que le propriétaire lui-même. Il peut arriver ce-

(1) Dans ces deux derniers cas il n'y a pas véritablement complicité, puisque le délit est déjà consommé au moment où un tiers vient s'y associer. Mais bien entendu, la complicité existe lorsque le recel n'est que l'exécution d'une convention faite avant le vol.

(2) Ce principe cesse lorsque le fils de famille est propriétaire d'un pécule *castrense*. Rien alors ne s'oppose à l'admission de l'action *furti* (L. 52 § 5, *De furt*. — n° 297).

pendant que l'intérêt d'un tiers concoure avec celui du propriétaire ou même l'exclue. Mais avant de préciser quels peuvent être ces tiers, voyons de quelle espèce d'intérêt les Romains tiennent compte en cette matière. Or deux règles résultent des textes : 1° on met de côté tout intérêt dont la cause n'est pas honnête. Aussi l'action *furti* est-elle refusée au possesseur de mauvaise foi, et en particulier à celui qui s'est emparé d'une *res hereditaria* pour l'usucaper (LL. 11 ; 12 § 1 ; 14 § 4 ; 71 § 1, *De furt.*) (1) ; 2° on ne prend en considération que l'intérêt du propriétaire ou celui du détenteur (L. 17 § 4, *De præscr. verb.*, XIX, 5. — L. 80 § 7, *De furt.*). Que par exemple un vol ait été commis entre les mains de mon débiteur : il y a deux cas où il me préjudicie visiblement, savoir, lorsqu'il porte sur la chose même qui m'est due, ou lorqu'il a pour résultat de rendre le débiteur insolvable. Dans l'un et l'autre cas néanmoins l'action *furti* m'est refusée (LL. 13, 49, 85, *De furt.*) (2).

Cette seconde règle bien comprise, nous n'avons plus qu'à déterminer quels sont les détenteurs auxquels on accorde l'action *furti*. Or, j'en compte quatre espèces ; 1° le possesseur de bonne foi (§ 15 *sup.* — L. 74, *De furt.*), car le vol l'empêche d'achever l'usucapion commencée ; 2° l'usufruitier et l'usager, car leur droit réel leur donne un intérêt (L. 35, *De usurp. et usuc.*, XLI, 14. — L. 46 § 1, *De furt.*). Dans ces deux hypothèses, l'intérêt du propriétaire subsiste, et il peut, lui aussi, exercer l'action *furti*, tandis qu'il ne le peut pas dans l'hypothèse qui va suivre ; 3° tous ceux auxquels le propriétaire lui-même a remis la chose pour former ou pour exécuter un contrat qui, par sa nature ou en vertu d'une clause spéciale, les soumet à la *custodia*, et en conséquence les rend responsables du vol commis par un tiers. Par application de cette règle, l'action *furti* n'appartient ni au dépositaire ni au précariste (§ 17 *sup.* — L. 14 § 11, *De furt.*) ;

(1) Il suit de là que le voleur qui vient à être volé n'a pas l'action *furti* (L. 76 § 1, *De furt.*). Cependant on fait exception à cette règle dans le cas particulier où, indépendamment de son propre délit, il eût été responsable du vol commis par autrui. Du reste, lorsqu'il a vendu la chose et qu'on lui en dérobe le prix, l'action *furti* lui compète sans difficulté (L. 48 §§ 4 et 7, *De furt.*).

(2) Conformément à ces principes, s'il arrive que la chose vendue soit volée entre les mains du vendeur qui ne l'a pas encore livrée, c'est à lui-même que l'action *furti* doit appartenir, et telle est la doctrine généralement admise (L. 14 pr. ; L. 80, *De furt.*). Cependant Paul (II, 31 § 17) donne l'action soit au vendeur, soit à l'acheteur. Fort probablement, sa pensée est que l'acheteur, pouvant se faire céder l'action *furti* (n° 612 *in fine*), peut aussi tenir la cession pour sous-entendue, et alors, s'il agit, l'action du vendeur devient non recevable.

mais elle compète au *conductor rei*, au *conductor operis faciendi*, au mandataire et au commodataire, cela toutefois sous une condition : c'est que ces personnes soient solvables et puissent indemniser le propriétaire ; sinon, c'est ce dernier lui-même qui exerce l'action, et il l'exerce pour son propre compte (§ 15 *sup.* — L. 12 pr. ; L. 14 §§ 12, 15, 16 et 17, *De furt.*). Toutefois, en ce qui concerne le commodataire, cette décision fut modifiée par Justinien : désormais le commodant peut à son choix ou poursuivre le voleur par l'action *furti*, ou exercer l'action *commodati* contre le commodataire. Au premier cas, il renonce à l'action *commodati*, au second cas l'action *furti* compète au commodataire. Mais dans l'un et l'autre cas, l'option une fois faite est irrévocable (§ 16 *sup.*) ; 4° le créancier gagiste. Quant à lui son intérêt dérive tout ensemble et de son droit réel et de sa responsabilité, et il est visible que la solvabilité du débiteur ne fait pas disparaître cet intérêt ; car elle n'empêche pas le gagiste d'être tenu à raison du *furtum*, et d'ailleurs il lui est plus avantageux de vendre le gage et de se payer ainsi directement que de passer par la procédure lente de la *bonorum venditio*, et même, sous Justinien, de la *bonorum distractio* (§ 14 *sup.*). Du reste, entre la situation du gagiste et celle des personnes auxquelles l'action *furti* ne compète qu'à raison de leur responsabilité, il y a plusieurs différences considérables : d'abord, c'est en vain qu'une convention spéciale aurait déchargé le gagiste de la *custodia*, l'action *furti* lui compéterait néanmoins à raison de l'intérêt que lui crée son droit réel. En second lieu, le propriétaire est investi de cette action concurremment avec lui, et quand il en use, le gagiste ne répond plus du *furtum* (L. 12 § 2 ; L. 46 § 4, *De furt.*). Enfin, en supposant que l'action *furti* ait été exercée par le gagiste lui-même, il n'en retient le bénéfice que jusqu'à concurrence du montant de sa créance ; le surplus est restitué au créancier, qui dès lors cesse d'être recevable à poursuivre le *furtum*. Le gagiste agit donc à la fois pour le compte de l'un et de l'autre (L. 22 pr., *De pign. act.*, XIII, 7. — L. 15 pr. ; L. 87, *De furt.*) (1).

672. Reste à nous occuper de la condamnation encourue par le voleur. Déjà nous savons qu'elle est du double ou du quadruple. Mais

(1) Je raisonne dans la supposition que le voleur est un tiers. Si c'est le constituant lui-même, le gagiste garde intégralement le montant de la condamnation laquelle embrasse alors le double ou le quadruple de la somme due. C'est ce qui résulte des textes cités.

cette formule ne signifie rien si d'abord on ne détermine le simple, c'est-à dire la somme que le juge doit multiplier par deux ou par quatre. Plaçons-nous dans l'hypothèse ordinaire, celle d'un *furtum rei*, et supposons que l'action appartienne au propriétaire seul. Trois propositions vont se dégager des textes : 1° le simple comprend toujours au moins la valeur vénale que la chose avait au moment du vol, et il n'importe que depuis elle ait subi des détériorations ou même qu'elle ait péri : les cas fortuits sont toujours à la charge du voleur (L. 50 pr., *De furt.*) (1) ; 2° en sens inverse, le simple s'augmente de toutes les plus-values dont la chose a pu s'enrichir depuis le vol, et cela quand même elles auraient disparu avant l'exercice de l'action (L. 50 pr., *De furt.* — T. II, p. 632, note 1); 3° enfin, en dehors de la valeur de la chose, le simple comprend tout le préjudice causé au demandeur. Ainsi m'a-t-on volé un écrit qui constatait une créance ou une libération : si je n'ai plus d'autres moyens de preuve, le montant de ma créance ou de ma dette s'ajoute à la valeur insignifiante du papier (L. 27 pr. et § 1, *De furt.*). Ainsi encore c'est un esclave qui m'a été volé, et il était appelé à une hérédité déjà ouverte : s'il vient à mourir avant d'avoir pu faire adition par mon ordre, la valeur de l'hérédité qui m'échappe s'ajoute à celle de l'esclave lui-même (L. 52 § 28, *De furt.*). Ainsi enfin, lorsque le propriétaire de la chose volée s'était obligé à la livrer à jour fixe et *sub pœna*, la peine par lui encourue est comprise dans le simple (L.67 § 1, *De furt.*). En résumé donc, et pour condenser ces trois propositions en une seule règle, la somme qu'on double ou qu'on quadruple est celle qui représente l'intérêt de la personne volée, et cette somme peut dépasser la valeur que la chose avait au jour du délit, mais elle ne reste jamais au-dessous (L. 80 § 1, *De furt.*) (2). Il suit de cette règle que si l'intérêt du demandeur n'a jamais existé, l'action *furti* lui est refusée (3). C'est ce qui arrive par exemple lors-

(1) Ainsi entendu, ce texte est loin de signifier, comme on l'a quelquefois dit, que la quantité à doubler ou à quadrupler ne puisse jamais dépasser le véritable prix de la chose.

(2) Est-il nécessaire de faire remarquer que si la valeur de la chose et l'intérêt du demandeur ne se confondent pas quand il s'agit d'un *furtum rei*, ils se confondront moins encore dans le *furtum usus vel possessionis* ? Seulement ici le *quod interest* sera presque toujours inférieur à la valeur de la chose.

(3) Pourquoi donc la lui donner nonobstant la perte fortuite de la chose? Évidemment parce qu'on ignore si cette perte n'est pas une conséquence du vol. La loi ne veut pas que la question soit même examinée, le voleur étant réputé avoir pris à sa charge tous les cas fortuits.

qu'on me vole un *chirographum* et que j'ai d'autres moyens de preuve (L. 27 § 1; L. 52 § 29, *De furt.*) (1).

IV. — DES CONSÉQUENCES CIVILES DU *furtum*

Lib. IV, tit. I, *De obligationibus quæ ex delicto nascuntur*, § 19. — Furti actio, sive dupli, sive quadrupli, tantum ad pœnæ persecutionem pertinet; nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet; condictio autem adversus furem ipsum heredemve ejus, licet non possideat, competit.

L'action *furti*, soit au double, soit au quadruple, ne tend qu'à obtenir une peine; mais en outre, le propriétaire peut poursuivre sa chose elle-même, soit par la revendication, soit par la *condictio*. Seulement la revendication n'a lieu que contre le possesseur, que ce soit le voleur ou toute autre personne; la *condictio*, au contraire, se donne contre le voleur lui-même ou contre son héritier, et cela alors même qu'ils ne possèdent pas.

673. Les conséquences civiles du *furtum* sont de deux sortes : 1° la *res furtiva*, comme on l'a déjà vu (n° 240), tombe en quelque sorte hors du commerce, et nul ne peut l'usucaper ou la prescrire tant qu'elle n'est pas revenue aux mains de son propriétaire. Mais ce résultat est spécial au *furtum rei;* en effet, le *furtum usus* suppose que la chose ne sort pas des mains du voleur, et le *furtum possessionis* la place précisément dans les mains du propriétaire (L. 20 § 1, *De furt.*); 2° pour recouvrer sa chose ou en obtenir la valeur, le propriétaire volé est investi de trois actions, la *rei vindicatio*, l'action *ad exhibendum*, et la *condictio furtiva* (2). Ces actions se cumulent avec l'action *furti*, puisque celle-ci est purement pénale; mais elles ne se cu-

(1) Du reste les jurisconsultes classiques rejettent, et avec grande raison, une idée mise en avant par Ofilius et Trébatius et consistant à tenir le vol de la partie pour égal au vol du tout. Le voleur de quelques grains de blé pris sur un tas considérable aurait ainsi été condamné à payer deux fois ou quatre fois la valeur du tas entier (L. 21 pr., *De furt.*). Cette exagération avait été engendrée par la doctrine stoïcienne de l'égalité des fautes, doctrine justement ridiculisée par Cicéron (*Pro Mur.*, 29) et par Horace (*Sat.*, I, 3, v. 115 et s.).

(2) Lorsque le vol est commis entre les mains d'une personne qui en est responsable *ex contractu*, le propriétaire trouve là une voie quelquefois plus sûre pour se faire indemniser; mais alors il doit céder à son débiteur ses actions contre le voleur.

mulent point entre elles, car le même préjudice ne saurait donner lieu à une double réparation (§ 19 *sup.* — L. 7 § 1, *De cond. furt.*, XIII, 1. — L. 12, C., *De furt.*, VI, 2) (1).

En donnant la *rei vindicatio* au propriétaire volé, on ne fait qu'appliquer le droit commun, car le vol ne lui ôte pas sa propriété. J'en dis autant de l'action *ad exhibendum*, puisqu'elle appartient à quiconque peut revendiquer un meuble. Mais la *condictio furtiva* constitue une véritable anomalie; en effet, l'*intentio* de la formule porte que le défendeur doit transférer la propriété de la chose au demandeur, or celui-ci est déjà propriétaire et par conséquent ne peut pas le devenir une seconde fois (Gaius, IV, § 4). Le raisonnement des Romains fut peut-être celui-ci : puisque le voleur a voulu se comporter comme propriétaire, soit, on le traitera comme tel; mais tout au moins sera-t-il débiteur de la chose, et débiteur *in mora*. Pratiquement, ce point de vue aboutit à une aggravation considérable de sévérité à l'égard du voleur. C'est ce que prouvent les trois décisions suivantes : 1° lorsque le possesseur meurt, la revendication et l'action *ad exhibendum* dont il pouvait être tenu ne se donnent contre ses héritiers qu'autant qu'ils possèdent eux-mêmes (L. 42, *De rei vind.*, VI, 1). Eh bien! cette condition n'est point exigée pour que les héritiers du voleur soient tenus de la *condictio furtiva;* car, s'ils ne succèdent pas à la possession de leur auteur, ils succèdent à ses dettes (§ 19 *sup.* — L. 7 § 2, *De cond. furt.*); 2° lorsque la chose périt par cas fortuit, la revendication et l'action *ad exhibendum* s'éteignent (Inst., § 26, *De div. rer.*). Mais cette règle ne s'applique point à la *condictio furtiva*, et cela soit que la chose périsse entre les mains du voleur ou entre les mains de ses héritiers; car le vol emporte demeure, la demeure se transmet aux héritiers, et elle a pour conséquence, tant qu'elle n'est pas purgée, de mettre les cas fortuits à la charge du débiteur (L. 20, *De cond. furt.*) ; 3° enfin, tandis que le défendeur à la revendication ou à l'action *ad exhibendum* se libère en restituant la chose dans l'état où elle se trouve sans son dol ni sa faute, dans la *condictio furtiva* la condamnation se mesure toujours sur la plus haute valeur que la chose a atteinte, même par le fait du voleur, entre le jour du délit et celui de la *litis contestatio* et cela encore que cette valeur ait ultérieurement disparu (L. 8 §1 ; L. 13, *De cond. furt.*) (2). En décidant ainsi, on ne fait que pousser

(1) Du reste l'exercice de l'une n'éteint pas les autres de plein droit, et de là on tire une conséquence qui n'est pas sans intérêt (L. 9 § 1, *De furt.*).

(2) Un autre texte (L. 2 § 3, (*De priv. del.*, XLVII, 1) semble dire que la va-

à ses plus extrêmes conséquences le principe qui met les cas fortuits à la charge du débiteur en demeure (1).

Grâce à ces avantages, la *condictio furtiva* est l'action à laquelle le propriétaire recourt le plus volontiers pour se faire indemniser, et de toutes celles qui lui compètent à cette fin, c'est aussi celle dont les jurisconsultes s'occupent le plus. On peut dire qu'elle a pour objet la quantité qui dans l'action *furti* doit être multipliée par deux ou par quatre (L. 3, *De cond. furt.*). Du reste beaucoup de différences la séparent de l'action *furti*. Les plus importantes tiennent à ce qu'elle n'est point pénale, et pour le moment je les laisse de côté. Mais en dehors de ce point de vue, je relèverai les suivantes : 1° la *condictio furtiva* n'appartient jamais qu'au propriétaire de la chose volée ou à celui qui a sur elle un droit réel (L. 1 ; L. 12 § 2, *De cond. furt.* — L. 12 § 5, *De usuf.*, VII, 1); 2° elle ne se donne jamais que contre l'auteur ou les auteurs du vol, non contre les simples complices (L. 6, *De cond. furt.*) ; 3° elle est également refusée dans les cas exceptionnels où l'on admet le *furtum* d'un homme libre (L. 38 § 1, *De furt.*).

DE LA *RAPIÑA*.

Lib. IV, tit. II, *De bonis vi raptis*, pr. — Qui res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti; quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? Ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse; sed tamen, propriam actionem ejus delicti nomine prætor introduxit, quæ appellatur *vi bonorum raptorum*, et est intra annum

Celui qui enlève violemment la chose d'autrui est sans aucun doute tenu de l'action *furti*. Car quel maniement de la chose est plus contraire à la volonté du propriétaire que celui qui consiste à l'enlever de force? Aussi a-t-on dit exactement que le voleur avec violence est le pire des voleurs. Cependant le Préteur, à raison de ce délit, a intro-

leur de la chose s'apprécie au jour de la *litis contestatio*. Mais telle n'est pas la véritable pensée du jurisconsulte. Il établit une comparaison entre l'action de la loi Aquilia et la *condictio furtiva*, et il veut dire que dans cette dernière action le juge ne tient jamais compte de la valeur plus grande que la chose aurait pu avoir antérieurement au délit.

(1) Ces deux dernières décisions, à la différence de la première, conservent tout leur intérêt alors même que le voleur est déjà responsable en vertu d'une action contractuelle, par exemple quand il tenait la chose à titre de dépôt ou de commodat (L. 16, *De cond. furt.*).

quadrupli, post annum simpli. Quæ actio utilis est, etiam si quis unam rem, licet minimam, rapuerit. Quadruplum autem non totum pœna est, et extra pœnam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti diximus; sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut pœna tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non : ridiculum est enim levioris conditionis esse eum qui vi rapit, quam qui clam amovet (Gaius, III, § 209).

duit une action spéciale qu'on appelle *vi bonorum raptorum*, et qui se donne au quadruple dans l'année, au simple après l'année. Cette action est utile alors même que le vol n'a pour objet qu'une seule chose, et de la plus minime valeur. Mais le quadruple ne s'obtient pas ici tout entier à titre de peine, et on ne peut pas en outre poursuivre sa chose, comme nous avons vu qu'on le peut en cas de vol manifeste; mais le quadruple comprend la chose elle-même, soit que le ravisseur ait été ou non pris en flagrant délit; car il serait ridicule de se montrer plus indulgent pour l'enlèvement violent que pour la soustraction clandestine.

§ 1. — Quia tamen ita competit hæc actio si dolo malo quisque rapuerit, qui aliquo errore inductus, suam rem esse existimans, et imprudens juris, eo animo rapuit, quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferre a possessoribus, absolvi debet : cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne, dum talia excogitentur, inveniatur via per quam raptores impune suam exerceant avaritiam, melius divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere rem mobilem vel se moventem, licet suam eamdem rem existimet : sed, si quis contra statuta fecerit, rei quidem suæ dominio cadere ; sin autem aliena sit, post restitutionem ejus etiam æstimationem ejusdem rei præstare. Quod non solum in mobilibus rebus, quæ rapi possunt, con-

Cependant, comme cette action suppose un dol chez le ravisseur, celui qui, déterminé par une erreur, s'imaginant qu'une chose était sienne et ignorant le droit, l'a enlevée dans la croyance qu'il nous est permis de dépouiller violemment le possesseur de notre chose, doit être absous; et la logique veut qu'il ne soit pas non plus tenu de l'action *furti*. Mais afin que de pareils prétextes ne permissent point aux ravisseurs d'exercer impunément leur avidité, des constitutions impériales ont amélioré cette partie du droit en défendant à qui que ce soit d'enlever par violence un objet mobilier ou un animal dont il se croit propriétaire. Celui qui viole cette défense perd la propriété de la chose, si elle lui appartient ; et si elle ne lui appartient pas, il doit non seulement la restituer, mais en payer l'estimation. Et

stitutiones obtinere censuerunt, sed etiam in invasionibus quæ circa res soli fiunt, ut ex hac causa omni rapina homines abstineant.

cette décision, les constitutions l'ont appliquée non-seulement aux choses mobilières, à celles qu'on peut enlever, mais aussi à *l'envahissement* des immeubles, de telle sorte que désormais on s'abstienne de toute violence.

§ 2. — *Sane in hac actione non* utique expectatur rem in bonis actoris esse; nam, sive in bonis sit, sive non sit, si tamen ex bonis sit, locum hæc actio habebit. Quare sive locata, sive commodata, sive pignorata, sive etiam deposita sit apud Titium sic ut intersit ejus eam rem non auferri, veluti si in re deposita culpam quoque promisit, sive bona fide possideat, sive usumfructum in eo quis habeat, vel quod aliud jus, ut intersit ejus non rapi, dicendum est competere ei hanc actionem, ut non dominium accipiat, sed illud solum quod ex bonis ejus qui rapinam passus est, id est, quod ex substantia ejus ablatum esse proponatur. Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti actio competit in re clam facta, ex iisdem causis *omnes habere hanc actionem.*

Cette action ne suppose pas absolument que la chose appartienne au demandeur; mais qu'elle lui appartienne ou non, si elle a été prise entre ses biens, l'action est admise. Donc si une chose se trouve entre les mains de Titius par suite d'un louage, d'un prêt, d'un dépôt, pourvu qu'en ce dernier cas il soit intéressé à ce qu'on ne la lui enlève pas, c'est-à-dire se soit engagé à répondre de sa faute; ou encore s'il la détient en vertu d'un usufruit ou de quelque autre droit qui l'intéresse à ce qu'on ne la lui enlève pas, il faut dire que cette action lui compète, non pas à coup sûr pour obtenir la propriété de la chose, mais pour se faire indemniser de la diminution que sa fortune a subie par suite de l'enlèvement. Et d'une manière *générale, il faut dire que cette action* compète à toutes les personnes auxquelles une soustraction clandestine donnerait l'action *furti*.

674. La *rapina* n'est qu'un vol commis avec violence. C'est le Préteur qui sépara le *raptor* du simple voleur en instituant contre lui une action au quadruple dite *vi bonorum raptorum*. Cette action présente deux caractères que n'ont pas les actions *furti* (1). D'a-

(1) La même disposition de l'édit s'applique à tout dommage causé *dolo malo, hominibus coactis*, alors même que ce dommage ne consiste point en un vol. Envisagée dans son ensemble, la pensée du préteur fut donc d'aggraver, pour un cas exceptionnel, tant la répression du *damnum injuria datum* que celle du *furtum* (L. 2 pr. et § 10, *Vi bon. rapt.*).

bord elle est mixte (1), c'est-à-dire que jusqu'à concurrence du simple elle tend à la réparation du préjudice, et que pour le surplus seul elle est pénale (2). En l'exerçant le propriétaire se rend donc non recevable à user des actions que le droit commun lui donne pour se faire indemniser, et pareillement s'il a commencé par intenter l'une de ces actions, il ne peut plus agir *vi bonorum raptorum* que pour le triple (pr. *sup.* — L. 1, *Vi bon. rapt.*, XLVII, 8). En second lieu, l'action *vi bonorum raptorum* ne subsiste que pendant une année utile, ou du moins après ce délai elle se réduit au simple et n'a plus rien de pénal (pr. *sup.*) (3). Ces deux caractères fixent exactement la portée de l'innovation prétorienne : elle n'aggrave que la condition du voleur non manifeste, et cette aggravation elle-même n'est que temporaire (4). Du reste les personnes investies de l'action *vi bonorum raptorum* sont exactement celles auxquelles l'action *furti nec manifesti* compète en cas de vol sans violence (§ 2 *sup.*). Mais évidemment, lorsqu'elle a été exercée par un commodataire ou par toute autre personne responsable de la *rapina*, le propriétaire ne peut plus ni revendiquer ni user de la *condictio* contre le *raptor*, mais seulement se faire indemniser, comme le lui permet son contrat, par celui qui a touché le quadruple.

La *rapina*, n'étant qu'une variété du *furtum*, implique l'*animus lucrandi*. L'action *vi bonorum raptorum* n'est donc admissible ni contre le propriétaire ni contre le créancier qui emploient la violence, l'un pour recouvrer sa chose, l'autre pour se faire payer. Mais tous les deux tombent sous le coup de la *lex Julia de vi* et encourent un

(1) Cependant quelques jurisconsultes voulaient qu'elle fût purement pénale (Gaius, IV, § 8).

(2) Le quadruple se calcule-t-il sur l'intérêt du demandeur ou sur la véritable valeur de la chose? Cette dernière opinion peut s'appuyer sur la loi 2 § 13, *Vi bon. rapt.*, et elle est confirmée par une des scolies dont les Basiliques (LX, 17, 2) accompagnent ce texte. Mais le doute reste permis; car cette scolie pose la même doctrine en ce qui concerne l'action *furti*. Or sur ce dernier point le scoliaste se trompe certainement, de sorte qu'on peut bien le soupçonner de s'être trompé aussi sur notre action.

(3) Cela étant, il eût été plus naturel de la refuser après l'année, de même qu'on la refuse contre l'héritier du *raptor;* car le volé n'hésitera pas à préférer l'action *furti* qui même après l'année conserve toute sa portée (L. 2 § 27, *Vi bon. rapt.*).

(4) A un autre point de vue, la condition du *raptor* est pire que celle du simple voleur. En effet, il tombe sous le coup de la loi Julia *De vi.* Or le propriétaire volé peut cumuler la répression criminelle d'après la loi Julia et la répression pécuniaire aux termes de l'édit, et s'il se contente de cette dernière voie, la première n'en reste pas moins ouverte aux tiers; car la loi Julia organise un *judicium publicum*, tandis que le *furtum* sans violence n'engendre qu'un simple *crimen privatum* (L. 2 § 1, *Vi bon. rapt.* — T. II, p. 630, note 2).

judicium publicum (LL. 5 et 8, *Ad leg. Jul. de vi priv.*, XLVIII, 7). Cette sanction sévère du principe qui défend que personne se fasse justice à soi-même ne parut pas suffisante aux empereurs. Marc-Aurèle voulut que le créancier perdît sa créance (L. 13, *Quod met. caus.*, IV, 2. — L. 1, *Ad leg. Jul. de vi priv.*). Quant à celui qui s'empare d'une chose mobilière ou immobilière qu'il croit sienne, les empereurs Valentinien Ier, Théodose Ier et Arcadius posèrent en règle que s'il était réellement propriétaire, il perdrait sa propriété au profit du détenteur spolié, sinon, devrait lui restituer la chose et de plus lui en payer la valeur. Ces décisions aboutissaient à grossir la liste des délits privés, et quoique violentes, elles étaient en harmonie avec l'esprit général de la législation romaine en cette matière (§ 1 *sup.* — L. 7, C., *unde vi*, VIII, 4) (1).

DES INJURES.

SOMMAIRE : I. Notion générale de l'injure. — II. Des conséquences du délit d'injures.

I. — NOTION GÉNÉRALE DE L'INJURE.

Lib. IV, tit. IV, *De injuriis*, pr. — Generaliter injuria dicitur, omne quod non jure fit. Specialiter, alias contumelia, quæ a contemnendo dicta est, quam Græci ὕβριν appellant; alias culpa, quam Græci ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum injuriæ accipitur; alias iniquitas et injustitia, quam Græci ἀδικίαν vocant : quum enim prætor vel judex non jure contra quem pronuntiat, injuriam accepisse dicitur (Ulp., L. 1 pr., *De injur.*, XLVII, 10).

§ 1. — Injuria autem committitur, non solum quum quis pugno, puta, aut fustibus cæsus, vel etiam verberatus erit, sed et si cui convicium factum fuerit, sive cujus bona, quasi debitoris, qui nihil deberet, possessa fuerint ab eo qui intelligebat nihil eum sibi debere; vel

D'une manière générale, *injuria* désigne tout acte contraire au droit. Dans un sens spécial, il équivaut à *contumelia*, qui vient de *contemnere* et se dit ὕβρις en Grec. D'autres fois il signifie faute, ce que les Grecs appellent ἀδίκημα, et c'est ainsi que s'entend dans la loi Aquilia le *damnum injuriæ*. D'autres fois enfin, il veut dire iniquité, injustice, ce que les Grecs nomment ἀδικία. En effet, de celui contre qui le Préteur ou le juge rend une décision contraire au droit, on dit qu'il reçoit *injuria*.

L'injure ne consiste pas seulement à donner des coups de poings, de bâtons ou de verges. Mais soit qu'on pousse des cris contre quelqu'un; soit qu'on entre comme créancier en possession des biens d'un tiers qui ne doit rien, et qu'on sait ne rien devoir; soit qu'on écrive, compose,

(1) On rapprochera une décision de Constantin (L. 4, C., *Fin. reg.*, III, 39).

si quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit quo quid eorum fieret; sive quis matremfamilias, aut prætextatum prætextatamve adsectatus fuerit, sive cujus pudicitia attentata esse dicetur; et denique aliis pluribus modis admitti injuriam manifestum est (Gaius, III, § 220).

§ 2. — Patitur autem quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos quos in potestate habet; item per uxorem suam, id enim magis prævaluit. Itaque si filiæ alicujus quæ Titio nupta est, injuriam feceris, non solum filiæ nomine tecum injuriarum agi potest, sed etiam patris quoque et mariti nomine. Contra autem, si viro injuria facta sit, uxor injuriarum agere non potest; defendi enim uxores a viris, non viros ab uxoribus æquum est. Sed et socer nurus nomine cujus vir in potestate est, injuriarum agere potest (Gaius, III, § 221).

§ 3. — Servis autem ipsis quidem nulla injuria fieri intelligitur, sed domino per eos fieri videtur; non tamen iisdem modis quibus etiam per liberos et uxores, sed ita quum quid atrocius commissum fuerit et quod aperte ad contumeliam domini respicit, veluti si quis alienum servum

publie en vers ou en prose une œuvre diffamatoire, ou que par dol on prête son concours à de tels actes; soit que l'on suive avec insistance une femme honnête (1), un enfant de l'un ou de l'autre sexe qui porte encore la robe prétexte, ou qu'on attente à la pudeur de quelqu'un, il y a injure, et il est évident que ce délit se commet encore de beaucoup d'autres manières.

On est injurié non seulement dans sa propre personne, mais aussi dans les enfants qu'on a sous sa puissance, et également dans sa femme, car telle est l'opinion qui a prévalu. C'est pourquoi si vous injuriez une fille de famille mariée à Titius, vous êtes tenu de l'action d'injures non seulement du chef de cette fille elle-même, mais encore du chef du père et du mari. En sens inverse, l'injure faite au mari n'autorise pas la femme à exercer l'action d'injures; car l'équité veut que la femme soit protégée par le mari, mais non le mari par la femme. Du reste, quand le mari est sous la puissance de son père, ce dernier peut aussi exercer l'action d'injures du chef de sa bru.

A l'égard des esclaves, on estime que l'injure ne les atteint pas eux-mêmes. Mais en leur personne c'est le maître qui est injurié, non pas toutefois aussi facilement qu'il peut l'être en la personne de ses enfants et de sa femme, mais seulement lorsque l'injure est atroce et tend visi-

(1) Cette traduction du mot *materfamilias*, qui sort ici de son sens technique, est indiquée par un texte formel (L. 46 § 1, *De verb. sign.*, L, 16).

verberaverit; et in hunc casum actio proponitur : at si quis servo convicium fecerit, vel pugno eum percusserit, nulla in eum actio domino competit (Gaius, III, § 222).

blement à outrager le maître : par exemple, contre celui qui frappe notre esclave nous sommes investis d'une action. Mais à vociférer contre l'esclave d'autrui, ou à lui donner des coups de poings, on n'encourt aucune poursuite de la part du maître.

§ 5. — Quod si ususfructus in servo Titii est, proprietas Mævii, magis Mævio injuria fieri intelligitur.

Que si Titius a l'usufruit d'un esclave dont Mævius a la propriété, c'est plutôt à Mævius que l'injure est réputée faite.

§ 6. — Sed si libero qui tibi bona fide servit, injuria facta sit, nulla tibi actio dabitur, sed suo nomine is experiri poterit, nisi in contumeliam tuam pulsatus sit : tunc enim competit et tibi injuriarum actio. Idem ergo est et in servo alieno bona fide tibi serviente, ut totiens admittatur injuriarum actio, quotiens in tuam contumeliam injuria facta sit.

L'injure adressée à un homme libre qui vous sert de bonne foi lui permet d'agir en son propre nom, mais elle ne vous donne aucune action, à moins qu'en le frappant on n'ait voulu vous outrager vous-même; car alors vous avez aussi l'action d'injures. Pareillement, quand l'esclave d'autrui vous sert de bonne foi, l'action d'injures n'est admise qu'autant que c'est vous qu'on a voulu offenser en sa personne.

§ 9. — Atrox injuria æstimatur vel ex facto, veluti si quis ab aliquo vulneratus fuerit vel fustibus cæsus; vel ex loco, veluti si cui in theatro, vel in foro, vel in conspectu prætoris injuria facta sit; vel ex persona, veluti si magistratus injuriam passus fuerit, vel si senatori ab humili injuria facta sit, aut parenti patronove fiat a liberis vel libertis : aliter enim senatoris et parentis patronique, aliter extranei et humilis personæ injuria æstimatur. Nonnunquam et locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti si in oculo quis percusserit. Parvi autem refert, utrum patrifamilias, an filiofamilias talis injuria facta sit : nam et hæc atrox æstimabitur (Gaius, III, § 225).

L'injure est réputée atroce soit à raison du fait lui-même, par exemple quelqu'un a été blessé ou a reçu des coups de bâton; soit à raison du lieu, ainsi elle a été commise au théâtre, sur le forum ou en présence du Préteur; soit à raison de la personne, par exemple l'injure s'adresse à un magistrat, ou bien c'est un sénateur qui est injurié par un homme de basse condition, un ascendant par son descendant, ou un patron par son affranchi : en effet, l'injure faite à un sénateur, à un ascendant ou à un patron s'apprécie autrement que l'injure faite à un homme de basse condition ou à un étranger. Quelquefois l'atrocité de l'injure tient à la place même de la

blessure, par exemple quelqu'un a été frappé à l'œil. Peu importe du reste qu'une telle injure ait été faite à un père de famille, ou à un fils de famille ; car même en ce dernier cas, elle sera réputée atroce.

675. Le mot *injuria*, dans son sens le plus large, comprend tout acte contraire au droit. Mais il s'emploie aussi dans trois acceptions spéciales : il désigne soit le délit dont nous devons nous occuper ici, et alors il est synonyme de *contumelia* (outrage, affront) ; soit le délit prévu par la loi Aquilia, c'est-à-dire le dommage causé par une faute ; soit enfin ce qu'on appelle proprement une injustice ou une iniquité, c'est-à-dire le fait de l'homme qui viole sciemment les règles du droit (pr. *sup.*).

Le délit d'injures suppose essentiellement l'intention d'offenser quelqu'un (L. 3 §§ 1 à 4 ; L. 4, *De inj.*, XLVII, 10) ; mais il suppose aussi que cette intention se manifeste par un fait. Or, pouvons-nous essayer d'enfermer dans une définition brève et précise tous les faits où les Romains voient une injure ? Je ne le crois pas. Les textes (L. 1 § 1, *De inj.*) nous disent bien que l'injure a lieu *re* ou *verbis* : *re*, c'est-à-dire par des voies de fait, par des violences matérielles, comme des coups de poings ou des coups de bâton ; *verbis*, c'est-à-dire par des propos offensants, tel est surtout le cas où des vociférations proférées en public tendent à ameuter la foule contre une personne ou autour de sa maison, ce que les Romains appellent *convicium* (L. 15 §§ 11 et 12, *De inj.*) (1). Mais ce ne sont pas là, tant s'en faut, toutes les formes possibles de l'injure (§ 1 *sup.*). Elle se commet souvent par la voie d'une écrit diffamatoire en prose ou en vers (L. 5 § 9, *De inj.*) (2), et le délit ne suppose pas nécessairement que cet écrit soit calomnieux (L.

(1) D'après Ulpien, *convicium* dérive de *cum* et de *vox* et désigne un ensemble de cris (L. 15 § 4, *De inj.*). Festus (v° *Convicium*) donne aussi cette étymologie et en indique une autre moins plausible (*cum* et *vicus*).

(2) L'écrit diffamatoire s'appela primitivement *carmen famosum*. Ce mot *carmen* ne se rapporte pas essentiellement à des vers ; beaucoup d'exemples le prouvent, et notamment on sait que Caton le Censeur composa un écrit en prose intitulé *Carmen de moribus* (Aul. Gell., XI, 2). Dérivé de *cano* ou *casno*, le mot *carmen*, qui s'écrivait autrefois *casmen*, désigne tout ce qu'on chante, toute formule brève et facile à retenir. Plus tard, on employa aussi l'expression *libellus famosus*, qui s'applique à un écrit plus long et d'une forme par conséquent moins populaire. Au surplus, il ressort du texte cité et des Institutes (§ 1 *sup.*), que celui qui publie le *carmen famosum* (*qui ediderit*) est réputé coupable comme l'auteur lui-même.

1, C. Th., *De fam. lib.*, IX, 34) (1). Elle peut consister soit dans la violation du droit de propriété, par exemple si j'entre dans votre maison malgré vous, si je vous empêche de vendre ou d'enlever votre chose (LL. 23 et 24, *De inj.* — L. 25, *De act. empt.*, XIX, 1), soit dans un obstacle apporté à l'exercice d'un droit qui appartient à tout le monde, par exemple si, propriétaire au bord de la mer, j'écarte celui qui veut pêcher devant ma propriété (L. 13 § 7, *De inj.*). Enfin elle résulte de l'affectation qu'on met à suivre une femme honnête ou une personne impubère (*prætextatus*, *prætextata*), de paroles provocantes qu'on leur adresse, et plus généralement de tout fait assez grave pour porter atteinte à l'honneur d'un tiers; ainsi on injurie la personne dont on trouble la raison par des substances préparées à cet effet, ou l'homme qu'on sait libre et que néanmoins on revendique comme esclave (2) (Gaius, III, § 220. — L. 11 § 9; L. 12; L. 15 pr., §§ 15, 20 et 22, *De inj.*). En résumé donc, des voies de fait, des paroles, des écrits, des actes qui entravent l'exercice du droit d'un tiers ou qui peuvent compromettre sa réputation, l'injure embrasse tout cela; et ce que l'on peut dire de moins vague quand on ne veut pas se perdre dans le détail infini des espèces, c'est qu'elle résulte toujours d'une atteinte portée à la dignité d'autrui par un fait que les bonnes mœurs réprouvent (L. 15 §§ 2 et 38, *De inj.*) (3). De cette

(1) J'évite à dessein de m'exprimer en termes trop absolus. En effet, si la diffamation par voie de calomnie contient toujours le délit d'injures, il y a des cas où la diffamation par l'expression d'un fait vrai est licite. Ainsi lorsque je prétends qu'une personne a été esclave, j'échappe à l'action d'injures en prouvant l'exactitude de mon assertion. Il en est de même si je reproche à quelqu'un de faire le métier de délateur (LL. 3 et 10, C., *De inj.*). Le motif de ces décisions est que l'état et la profession d'une personne sont connus ou doivent l'être. Pareillement, la publicité que je donne à des actes que la loi qualifie crimes ou délits (*peccata*) ne constitue pas une injure. C'est Paul qui décide ainsi, et cela, dit-il, parce que la divulgation de tels faits importe à tous (L. 18 pr., *De inj.*). Ailleurs, dans un passage de ses sentences qui paraît avoir été altéré (V, 4 § 15), le même auteur semble bien reconnaître qu'il y a des causes légitimes de diffamation. En dehors des hypothèses spéciales que j'ai citées, je serais très porté à croire que le délit d'injures est difficilement admis lorsque la personne diffamée a tout à fait perdu son *existimatio* ou ne la possède plus entière (t. I, p. 427, note 1). Cette opinion s'accommode assez bien aux conclusions qu'Horace prête à Trébatius dans un dialogue où le poète et le jurisconsulte échangent leurs vues sur l'utilité et les dangers de la satire (Horace, *Sat.*, II, 1, v. 81 et s.).

(2) Cependant cette revendication n'a rien d'injurieux, lorsqu'elle est exercée par un acheteur qui a été de bonne foi dans le principe et qui veut aujourd'hui s'assurer le bénéfice d'une éviction judiciaire afin de rendre recevable son recours par l'action *ex stipulatu duplæ* (L. 12, *De inj.*).

(3) Les bonnes mœurs ne s'entendent point ici d'une façon absolue. Car chaque

donnée générale il résulte que les personnes libres sont, dans la stricte rigueur du droit, les seules que l'on puisse injurier, puisque les esclaves n'ont pas de personnalité juridique, pas d'*existimatio* (§ 3 *sup.*) (1).

676. On distingue l'injure ordinaire, que les textes appellent simplement *injuria*, et l'injure *atrox*. Mais cette dernière espèce d'injure n'est pas plus facile à définir que l'injure en général. Si l'on dit, en effet, qu'elle se caractérise par une gravité exceptionnelle, on dit vrai sans doute, mais on reste dans le vague. Aussi Gaius (III, § 225) et Justinien (§ 9 *sup.*) se contentent-ils de nous indiquer les principales circonstances d'où résulte ce caractère d'atrocité, et ils en signalent quatre, savoir : 1° la nature du fait, ce sont par exemple des coups de verges; 2° la partie du corps atteinte par les voies de fait qui constituent l'injure, par exemple il s'agit de coups portés aux yeux; 3° l'endroit où l'injure a été commise, ce sera, si l'on veut, le tribunal du magistrat, un théâtre ou une place publique; 4° la qualité de la personne injuriée, ou, pour mieux dire, la distance que son rang social ou les convenances mettent entre elle et le délinquant; ainsi c'est une injure atroce que celle qu'un homme du peuple adresse à un sénateur, à un magistrat, à un prêtre, surtout si elle les atteint dans l'exercice de leurs fonctions; et il en est de même de l'injure qu'un ascendant ou un patron reçoit de son descendant ou de son affranchi (L. 7 §§ 7 et 8; L. 8; L. 9 pr., §§ 1 et 2, *De inj.* — L. 4, C., *De inj.*, IX, 35).

Que si l'on recherche l'intérêt pratique de cette distinction, il apparaît surtout, comme je l'expliquerai tout à l'heure, dans les procédés

pays a ses habitudes propres, et par conséquent sa façon d'apprécier les convenances (L. 15 § 6, *De inj.*). Ce qui est tenu pour injurieux en Italie pourra donc être licite en Grèce. On remarquera du reste que le fait qui constitue l'usage d'un droit ne contient jamais le délit d'injures, encore qu'il ait été déterminé par le désir de blesser un tiers (L. 13 §§ 1, 2, 4, 5 et 6, *De inj.*). Mais des textes que je cite on se gardera de conclure que les actes accomplis par un magistrat dans l'exercice de ses fonctions ne donnent jamais lieu à l'action d'injures. Le contraire est certain. Seulement, s'il s'agit d'un magistrat supérieur, la poursuite doit être ajournée à l'expiration de ses fonctions (L. 32, *De inj.*).

(1) Ceci n'est utile à constater qu'à l'égard des esclaves d'autrui (L. 1, C., *De inj.*). Car l'action d'injure ne peut pas plus que les autres actions naître entre personnes dont l'une est sous la puissance de l'autre (Inst., § 12, *De obl. quæ et del.*, IV, 1). Mais cela ne veut pas dire qu'en pareille hypothèse le fait reste impuni. S'il émane de la personne en puissance, le père de famille trouve dans sa puissance même des moyens de répression suffisants. Que s'il émane du père de famille lui-même, le magistrat doit examiner si celui-ci n'a point fait un usage abusif de sa puissance (nos 34 et 77).

à suivre pour déterminer le montant de la condamnation encourue. Mais il ne se borne pas là. Ainsi en supposant que l'offensé soit le descendant ou l'affranchi de l'offenseur, l'injure n'est punie qu'autant qu'elle est atroce (L. 7 § 3; L. 11, § 7, *De inj.*). Ainsi encore on va voir que le maître n'est pas réputé atteint dans la personne de son esclave par une injure ordinaire.

On distingue également l'injure directe de l'injure indirecte; je veux dire que si d'ordinaire c'est en notre propre personne que nous sommes injuriés, par exception nous pouvons l'être dans la personne d'autrui. Les cas d'injure indirecte peuvent se ramener à trois classes :

1° L'injure adressée à une personne *alieni juris* rejaillit contre le père de famille. Mais il importe ici de ne point confondre les fils de famille et les esclaves. En effet, l'injure s'adresse-t-elle à un fils de famille : elle l'atteint toujours lui-même, et toujours aussi elle réfléchit contre le père, de sorte qu'alors deux actions d'injures naissent, l'une du chef du fils, l'autre du chef du père, et en principe c'est le père qui les exerce toutes les deux, puisque lui seul profite des acquisitions réalisées par son fils (§ 2 *sup.*). S'agit-il, au contraire, d'une injure dirigée contre un esclave : on sait déjà qu'aucune action ne naît de son chef, puisqu'il est une simple chose; et d'autre part, l'action ne naît en la personne et du chef du maître lui-même qu'autant que l'intention de l'offenser est évidente et que le fait présente un caractère d'atrocité (§ 3 *sup.*). Tels sont les principes anciens. Mais le Préteur tient un peu plus de compte de la personnalité réelle de l'esclave, et dans les cas où l'action ne compète pas régulièrement au maître, il la lui donne du chef de l'esclave, tantôt sans examen, tantôt après examen, et cela, nous dit Ulpien, parce que l'esclave a évidemment ressenti l'injure (L. 15 §§ 34, 35, 43, 44, *De inj.*). Du reste, quand l'esclave a plusieurs maîtres, l'action d'injures appartient à tous. Que s'il est grevé d'un droit d'usufruit, ou s'il est entre les mains d'un possesseur de bonne foi, c'est au propriétaire qu'on la donne de préférence, à moins que le délinquant n'ait eu pour but manifeste d'offenser l'usufruitier ou le possesseur. Donc aussi l'analogie veut qu'en règle générale on la refuse au possesseur de bonne foi d'un homme libre (§§ 5 et 6 *sup.*).

2° L'injure adressée à une femme mariée réfléchit toujours contre son mari (1), et par conséquent si on les suppose l'un et l'autre sou-

(1) Le texte des Institutes (§ 2 *sup.*) témoigne qu'il y eut discussion sur ce point.

mis à la puissance paternelle, quatre actions naîtront d'un seul fait d'injures, deux en la personne des époux, deux en la personne de leurs pères respectifs. On va plus loin encore, et on décide que le fiancé est injurié dans la personne de sa fiancée, et le beau-père dans la personne de sa bru lorsque le mari n'est pas émancipé (§ 2 *sup.* — L. 15 § 24, *De inj.*). Mais jamais l'injure adressée à un homme ne réfléchit contre sa femme ou contre sa fiancée, et cela parce que c'est le rôle naturel de l'homme de protéger la femme, non d'être protégé par elle.

3° L'injure faite à la mémoire d'un mort est réputée atteindre ses héritiers (L. 1 § 4, *De inj.*). Mais tout prouve que les Romains savaient concilier cette décision avec les droits supérieurs de l'historien: ce qu'ils punissaient ici, ce n'était certainement pas le récit véridique de faits déshonorants pour le défunt, ce ne pouvait être que la calomnie ou les hypothèses dictées par une malveillance qui ne s'appuyait pas sur des preuves (1).

II. — DES CONSÉQUENCES DU DÉLIT D'INJURES.

Lib. IV, Tit. IV, *De injuriis*, § 4. — Si communi servo injuria facta sit, æquum est non pro ea parte qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri, sed ex dominorum persona, quia ipsis fit injuria.

Lorsque l'injure s'adresse à un esclave commun, l'équité veut qu'elle s'apprécie pour chaque maître non d'après la quotité de son droit de propriété, mais d'après sa propre personne, car c'est aux maitres eux-mêmes que l'injure est faite.

§ 7. — Pœna autem injuriarum ex lege duodecim tabularum, propter

D'après les Douze Tables, la peine de l'injure était, pour un membre

Il est donc fort possible qu'anciennement le mari ne pût agir à raison de l'injure faite à sa femme qu'autant que celle-ci était *in manu* et par conséquent *loco filiæ*. On a même prétendu que telle était encore la législation au temps de Gaius, et on a cité en ce sens un texte de ce jurisconsulte (III, § 221). Mais la citation est loin d'être concluante; car si effectivement la première phrase parle des femmes *in manu*, voici ce que contient la seconde : ma fille étant mariée à Titius, l'injure qui lui est faite engendre trois actions, l'une *nomine filiæ*, l'autre *nomine mariti*, et la troisième *nomine meo*. Cette troisième action suppose évidemment que ma fille, quoique mariée, n'est pas sortie de ma puissance; mais alors elle n'est point *in manu mariti*, et cependant l'action d'injures est donnée au mari de son propre chef.

(1) Cicéron dit : *Primam esse historiæ legem, ne quid falsi dicere audeat, deinde ne quid veri non audeat* (*De Orat.*, II, 15).

membrum quidem ruptum, talio erat; propter os vero fractum, nummariæ pœnæ erant constitutæ, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea prætores permittebant ipsis qui injuriam passi sunt eam æstimare, ut judex vel tanti reum condemnet, quanti injuriam passus æstimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed pœna quidem injuriarum quæ ex lege duodecim tabularum introducta est, in desuetudinem abiit; quam autem prætores introduxerunt, quæ etiam honoraria appellatur, in judiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis vitæque honestatem crescit aut minuitur æstimatio injuriæ : qui gradus condemnationis et in servili persona non immerito servatur, ut aliud in servo actore, aliud in medii actus homine, aliud in vilissimo vel compedito constituatur (Gaius, III, §§ 223 et 224).

rompu, le talion, pour un os fracturé, une somme d'argent, et cela à raison de la grande pauvreté des anciens. Mais dans la suite, les préteurs permirent à l'injurié d'estimer lui-même l'injure, de telle sorte que le juge condamnât le défendeur soit au montant même de cette estimation, soit à une somme moindre, selon ce qui lui paraîtrait le meilleur. Mais la peine des injures, telle que la loi des Douze Tables l'avait établie, est tombée en désuétude, tandis que celle que les préteurs ont introduite, et qu'on appelle honoraire, est demeurée en vigueur. En effet, selon le rang et la considération de l'injurié, l'estimation de l'injure est ou plus forte ou plus faible. Cette façon de graduer les condamnations s'observe même à l'égard des esclaves, et c'est avec raison : car l'appréciation ne saurait être la même à l'égard d'un esclave intendant, d'un esclave de condition intermédiaire, ou de celui qui est au plus bas degré ou qui a été mis aux fers.

§ 8. — Sed et lex Cornelia de injuriis loquitur, et injuriarum actionem introduxit, quæ competit ob eam rem quod se pulsatum quis verberatumve, domumve suam vi introitam esse dicat. Domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitat, sive in conducta, vel gratis sive hospitio receptus sit.

Mais la loi Cornélia s'occupe aussi des injures, et donne une action d'injure à celui qui se plaint d'avoir été maltraité ou frappé, ou allègue qu'on est entré de force dans sa maison. Et par sa maison nous entendons ici celle qu'il habite, soit comme propriétaire, soit comme locataire, et même gratuitement ou à titre d'hôte.

§ 10. — In summa sciendum est, de omni injuria eum qui passus est posse vel criminaliter agere, vel civiliter. Et si quidem civiliter aga-

Du reste, il faut savoir que dans tous les cas l'injurié peut agir ou criminellement ou civilement. S'il prend la voie civile, la peine con-

tur, æstimatione facta, secundum quod dictum est, pœna imponitur; sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria pœna reo irrogatur. Hoc videlicet observando quod Zenoniana constitutio introduxit, ut viri illustres, quique super eos sunt, et per procuratorem possint actionem injuriarum criminaliter vel persequi, vel suscipere, secundum ejus tenorem qui ex ipsa manifestius apparet.

siste en une somme qu'on fixe d'après les règles précédemment posées; si, au contraire, il prend la voie criminelle, l'office du juge est d'infliger une peine extraordinaire au coupable. Toutefois on remarquera que d'après une constitution de Zénon, les personnes illustres et toutes celles d'un rang supérieur peuvent intenter l'action criminelle ou y défendre par procureur, c'est ce qui ressort très clairement du texte de la constitution.

§ 11. — Non solum autem is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, id est, qui percussit, verum ille quoque continebitur, qui dolo fecit aut curavit ut cui mala pugno percuteretur.

L'action d'injure ne se donne pas seulement contre l'auteur de l'injure, c'est-à-dire contre celui qui a frappé, mais encore contre celui qui par dol l'a déterminé ou aidé à frapper.

§ 12. — Hæc actio dissimulatione (1) aboletur; et ideo, si quis injuriam dereliquerit, hoc est, statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex pœnitentia remissam injuriam non poterit recolere.

Cette action s'évanouit par le dédain; et en conséquence, celui qui au moment même où il est injurié n'y fait point attention, c'est-à-dire n'en éprouve pas de ressentiment, ne peut plus se repentir ni revenir sur une injure une fois remise.

677. Le délit d'injures n'atteint directement l'offensé que dans sa personne et non dans son patrimoine (2). Il n'engendre donc aucune action en indemnité et n'a que des conséquences pénales.

Le système des Douze Tables est d'une extrême simplicité. Pour un membre rompu, la peine est du talion ; pour un os fracturé ou écrasé,

(1) Le mot *dissimulatio*, que je traduis ici par dédain, marque d'une manière générale le fait de celui qui affecte de ne pas voir ce qu'il voit et de ne pas ressentir ce qu'il ressent (Pline le Jeune, *Epist.*, IX, 13 n° 21).

(2) Il faut se garder ici d'une confusion. Le même fait peut contenir une injure et un dommage matériel ; mais alors il y a deux délits distincts dont l'un est celui d'injure, l'autre celui de la loi Aquilia, et en conséquence l'injurié peut exercer deux actions et obtenir deux condamnations dont les bases sont toutes différentes (L. 5 § 1, *Ad leg. Aqu.*, IX, 2. — Voir toutefois n° 856). Du reste, il est tellement vrai que l'injure ne porte par elle-même aucune atteinte directe à la propriété que parfois elle concourt avec un enrichissement de l'injurié (L. 27 § 28, *Ad. leg. Aqu.*).

elle est de trois cents ou de cent cinquante as, selon que la victime est un homme libre ou un esclave ; enfin, pour les autres injures elle se réduit à vingt-cinq as (Gaius, III, § 223) (1). La répression par le talion était barbare (2) ; la répression par une peine pécuniaire uniforme pouvait être, selon les cas, ou excessive ou insuffisante (3). De là un nouveau système introduit par le Préteur et en partie peut-être emprunté à des usages qui s'étaient substitués à la loi (Paul, V, 4 § 7).

Dans ce système, l'injure n'entraîne jamais qu'une peine pécuniaire, et cette peine n'est pas fixée à l'avance d'une manière invariable. L'estimation en est faite, s'il s'agit d'une injure simple, par le demandeur devant le juge, et s'il s'agit d'une injure atroce, par le magistrat lui-même dans la formule. En l'un et l'autre cas, cette estimation lie le juge en ce sens qu'il ne peut la dépasser, mais il est toujours libre de la réduire ; seulement, dans la pratique il n'use jamais de cette liberté lorsque c'est le magistrat qui a fait l'estimation (§ 7 *sup.* — Gaius, III, § 224). Au surplus, comme l'injure ne correspond pas nécessairement à un dommage pécuniaire, on se demande quelle sera la règle à suivre tant pour le magistrat chargé d'estimer l'injure atroce

(1) Sur les dispositions des Douze Tables il y a plusieurs observations à faire : 1° d'après Cicéron (*De rep.*, IV, 10) elles prononçaient la peine capitale contre l'auteur d'un *carmen famosum* et contre celui *qui occentavisset* (c'est-à-dire *qui convicium fecisset*). Le compte rendu de Gaius ne serait donc pas complet; 2° Paul (V, 4 § 6) semble dire qu'elles prévoyaient seulement trois hypothèses, *membrum ruptum*, *os fractum*, *carmen famosum*. Mais alors à quelles injures auraient-elles donc appliqué la peine de vingt-cinq as? on ne le voit pas. Aussi faut-il entendre le texte de Paul en ce sens que les Douze Tables spécifiaient certains cas d'injures pour les punir avec une sévérité particulière, puis pour toutes autres injures prononçaient d'une manière générale la peine minime de vingt-cinq as; 3° si l'on en croit Aulu-Gelle (XX, 1 §§ 16 et 34), la simple imprudence constituait une injure quand elle avait pour résultat la rupture d'un membre ou la fracture d'un os. En admettant que telle ait été vraiment la décision des Douze Tables, il paraît certain qu'on l'abandonna plus tard.

(2) Du reste la peine du talion ne s'appliqua jamais, car de deux choses l'une : ou les parties transigeaient pour une somme d'argent, et alors il n'y avait plus de poursuite possible; ou bien à défaut de transaction l'action s'engageait, mais elle ne pouvait aboutir qu'à une condamnation pécuniaire (Aul.-Gell., XX, 1 §§ 36 à 38).

(3) Aulu-Gelle (XX, 1 § 13) rapporte d'après Labéon qu'un certain Lucius Vératius, insolent et riche, prenait plaisir à souffleter les passants ; mais il menait avec lui un esclave muni d'une bourse bien pleine, et à chaque soufflet donné cet esclave avait ordre de compter immédiatement vingt-cinq as à l'injurié. Labéon présentait cette anecdote comme une critique saisissante de la législation sur l'injure. Et en effet, si le vol est le délit des pauvres, l'injure ainsi réprimée devenait aisément le délit des riches.

que pour le juge appelé à contrôler l'estimation de l'injure simple (1). Justinien (§ 7 *sup.*) nous dit que le rang social (*dignitas*) de la personne offensée et la considération dont elle jouit fourniront la principale base d'appréciation (2), et à cet égard il ne distingue pas si l'injure est adressée à un homme libre ou à un esclave. De cette règle générale il résulte que dans les cas où plusieurs actions naissent d'un seul et même fait d'injures, les condamnations prononcées ne sont pas forcément les mêmes. Ainsi lorsque c'est un fils de famille qui est injurié, le père, comme on l'a vu, peut agir du chef de son fils et de son propre chef; mais les deux estimations ne seront pas égales, si des deux injures contenues dans le même fait l'une paraît plus grave que l'autre (L. 30 § 1 ; L. 31, *De inj.*). Pareillement, qu'un esclave soit la propriété indivise de plusieurs maîtres, l'action d'injures, on le sait déjà, appartient à tous. Mais tous n'ayant pas nécessairement le même rang dans la société, il ne saurait être question de la leur donner en proportion de leurs parts respectives dans la propriété, et il y aura autant d'estimations que de maîtres (§ 4 *sup.*) (3).

Le système prétorien fonctionne encore sous Justinien, mais parallèlement il y en a un autre qui avait été créé ou plutôt ébauché, plus de six siècles auparavant, par une loi Cornélia (4). Cette loi visait spécialement trois cas d'injures (*pulsatio, verberatio, domus aliena vi introita*) ; mais dans la pratique on l'étendit à toutes les autres injures commises par voies de fait (§ 8 *sup.* — L. 5 pr., *De inj.*). Elle organisait un double mode de répression : d'abord elle créait une action pécuniaire dont on n'aperçoit peut-être pas très nettement le but, mais qui différait de l'action prétorienne en un point essentiel : c'est que l'injure y était dans tous les cas estimée par le juge seul (L. 37 § 1, *De inj.*). En outre, ce que je tiens surtout à relever ici, elle admettait une poursuite *extra ordinem* qui tendait à l'appli-

(1) Je ne parle que du juge et du magistrat, parce qu'évidemment l'estimation faite par le demandeur lui-même échappe à toute règle.

(2) Je dis la principale et non l'unique base. En effet, l'injure peut entraîner par voie de conséquence une perte matérielle. Par exemple, la diffamation qui atteint un commerçant risque beaucoup de diminuer le chiffre de ses affaires. En pareil cas, le préjudice qu'il éprouve est évidemment pris en considération dans l'estimation de l'injure.

(3) Toutefois si nous nous plaçons dans les cas où les maîtres ne sont point réputés personnellement injuriés dans leur esclave et n'ont l'action que de son chef, il paraît logique de la leur donner en proportion de leurs droits respectifs sur l'esclave lui-même. Ainsi s'explique un texte de Paul qui, autrement entendu, contredirait celui des Institutes (L. 16, *De inj.*).

(4) Elle remonte à la dictature de Sylla (L. 12 § 4, *De accus.*, XLVIII, 2).

cation d'une peine criminelle (Paul, V, 4 § 8) (1). Ces deux actions n'appartenaient jamais qu'à l'injurié lui-même, et cela encore qu'il fût fils de famille (L. 5 §§ 6 et 7, *De inj.*) (2). Sous l'influence de cette loi et par une extension fort naturelle de son principe, on arriva de bonne heure, au plus tard vers le commencement du quatrième siècle, à décider que le délit d'injures pourrait toujours être considéré ou comme délit civil ou comme *crimen privatum* (3). L'injurié peut donc choisir entre la peine pécuniaire et la peine criminelle (4), mais non pas demander l'une et l'autre (LL. 6 et 45, *De inj.* — § 10 *sup.*), car le même délit ne saurait être puni deux fois (5).

Je termine par deux observations qui s'appliquent tant à l'action criminelle qu'à l'action pécuniaire : 1° le complice du délit d'injures est tenu comme s'il l'avait commis lui-même (§ 11 *sup.* — L. 5 § 10; L. 11 pr. et § 6, *De inj.*); 2° l'action d'injures s'éteint *ipso jure* par une cause qui lui est toute spéciale, je veux dire par le pardon même tacite. A plus forte raison donc, s'éteint-elle aussi par un pacte de remise ou par toute autre convention (L. 11 § 1; L. 16, *De inj.*) (6). De la même idée il résulte que si, au moment même où l'injure a été commise, l'offensé s'est enfermé dans un mépris stoïque et a feint de ne point la ressentir, l'action n'a pas même pris naissance, et les choses se passent alors comme s'il n'y avait jamais eu de délit (§ 12 *sup*).

(1) Il ne s'agit ici que d'un *crimem privatum*. On trouve, il est vrai, au titre *de Injuriis* (L. 7 § 1), un texte qui parle d'un *judicium publicum legis Corneliæ*. Mais c'est à la loi Cornélia *de Sicariis et veneficis* qu'il se réfère.

(2) Aussi croirais-je volontiers que Gaius (L. 30 pr., *De pact.*) se place dans les hypothèses prévues par la loi Cornélia, lorsqu'il décide que le fils de famille injurié peut consentir un pacte *de non petendo*.

(3) Il y a un cas, mais un seul, où, en vertu d'un sénatus-consulte spécial, l'injure donne lieu à un *judicium publicum*. C'est lorsqu'elle résulte d'un *écrit ou de tout* autre mode de publication, mais sans que l'injurié y soit désigné par son nom (L. 5 § 10; L. 6, *De inj.*). En ce qui concerne les écrits diffamatoires, je signalerai aussi une disposition tout à fait exorbitante des empereurs Valentinien et Valens (L. 1, C., *De fam. lib.*, IX, 36).

(4) Justinien relève entre l'action pécuniaire et l'action criminelle une différence importante : dans la première, même lorsqu'elle est fondée sur la loi Cornélia, les parties peuvent toujours plaider par procureur; dans la seconde, au contraire, cette faculté n'appartient qu'aux *illustres* et aux personnes d'un rang encore plus élevé (§ 10 *sup.* — L. 42 § 1, *De proc.*, III, 3).

(5) Voy. t. II, p. 630, note 2.

(6) L'action d'injures s'éteint aussi par la *mort* de l'offensé (Gaius, IV, § 112), par celle de l'offenseur (L. 13 pr., *De inj.*) et par le laps d'une année (L. 5, C., *De inj.*). Mais aucune de ces causes d'extinction ne lui est absolument spéciale, pas même la première.

DU *DAMNUM INJURIA DATUM* OU DE LA LOI AQUILIA.

SOMMAIRE : I. Notion générale du délit prévu par la loi Aquilia. — II. Analyse des dispositions de la loi Aquilia. — III. De la répression du dommage non compris dans les termes de la loi Aquilia.

I. — NOTION GÉNÉRALE DU DÉLIT PRÉVU PAR LA LOI AQUILIA.

Lib. IV, Tit. III, *De lege Aquilia*, § 2. — Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit. Itaque latronem qui occidit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest.

Celui-là tue injustement qui tue sans droit. Donc celui qui tue un voleur de grand chemin (1) n'est point tenu, s'il n'a pas d'autre moyen d'échapper au péril.

§ 3. — Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla inveniatur; nam alioquin, non minus quam ex dolo, ex culpa quisque hac lege tenetur (Gaius, III, § 211).

N'est pas non plus tenu en vertu de cette loi celui qui tue par accident, pourvu qu'il ne soit point en faute; car en général, elle s'applique au dol aussi bien qu'à la faute.

§ 4. — Itaque si quis, dum jaculis ludit vel exercitatur, transeuntem servum tuum trajecerit, distinguitur : nam si id a milite in campo, eove ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa ejus intelligitur; si alius tale quid admisit, culpæ reus est. Idem juris est de milite, si is in alio loco, quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit.

C'est pourquoi, si quelqu'un qui pour jouer s'exerce à lancer des flèches vient à percer votre esclave qui passe, on distingue. Et en effet, l'accident est-il arrivé par le fait d'un soldat dans le champ de Mars ou dans un endroit destiné à ce genre d'exercice : il n'y a pas faute de sa part, mais de la part de tout autre il y aurait faute. Le soldat lui-même serait en faute, si l'accident arrivait dans un lieu non destiné aux exercices militaires.

§ 5. — Item si putator, ex arbore dejecto ramo, servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam aut vicinalem id factum est, neque proclamavit, ut casus evitari possit, culpæ reus est; si proclamavit, nec ille curavit cavere, extra culpam est putator. Æque extra

De même, lorsque du haut d'un arbre un bûcheron abattant une branche a tué votre esclave qui passait, si le fait a eu lieu près d'un chemin public ou vicinal, et que le bûcheron n'ait point crié afin d'éviter tout malheur, il est en faute; au contraire, on n'a rien à lui repro-

(1) Sur le sens du mot *latro*, voy. Festus (v° *Latrones*).

culpam esse intelligitur, si seorsum a via forte vel in medio fundo cædebat, licet non proclamavit, quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi.

cher lorsqu'il a crié et que l'esclave ne s'est point mis en garde. Il est également exempt de faute, quoiqu'il n'ait pas crié, si c'est loin du chemin ou au milieu d'un champ qu'il travaillait, car un étranger n'avait pas le droit de passer là.

§ 6. — Præterea si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem, atque ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus est (Gaius, L. 8 pr., *Ad leg. Aquil.*, IX, 2).

Le médecin aussi est en faute, lorsque, après avoir opéré votre esclave, il a négligé de le soigner, et que par suite l'esclave est mort.

§ 7. — Imperitia quoque culpæ adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit aut perperam ei medicamentum dederit (Ulpian., L. 7 § 8, *Ad leg. Aquil.*, IX, 2).

L'impéritie compte également pour une faute, par exemple quand un médecin tue votre esclave pour l'avoir mal opéré ou lui avoir mal à propos administré un médicament.

§ 8. — Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuerit, si servus tuus oppressus fuerit, culpæ reus est mulio, sed et si propter infirmitatem eas retinere non potuerit, quum alius firmior retinere potuisset, æque culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque qui, quum equo veheretur, impetum ejus aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam suam, retinere non potuerit (Gaius, L. 8 § 1, *Ad leg. Aquil.*).

De même, quand des mules s'emportent et écrasent votre esclave, le muletier inhabile qui n'a pas pu les retenir est en faute. Et il l'est également lorsqu'il a été trop faible pour les retenir, alors qu'un plus fort l'aurait pu. Les mêmes décisions ont été admises à l'égard du cavalier qui, par faiblesse ou par impéritie, n'a pas pu retenir l'élan de son cheval.

678. La loi Aquilia, votée en l'an de Rome 408 sur la proposition du tribun Aquilius, n'est, à vrai dire, qu'un plébiscite (L. 1 § 1, *Ad leg. Aqu.*, IX, 2. — Inst., § 15, *De leg. aqu.*) (1). Le délit qu'elle pré-

(1) La loi Aquilia abrogea, nous dit Ulpien, toutes les dispositions antérieurement promulguées sur la matière dont elle s'occupait (L. 1 pr., *Ad. leg. Aqu.*) ; aussi les jurisconsultes ne nous les ont-ils point conservées. Toutefois l'affirmation d'Ulpien est un peu trop absolue. Ainsi, d'après les Douze Tables, celui qui faisait paître un troupeau ou qui coupait clandestinement des arbres sur le fonds d'autrui était tenu de l'action *de pastu* ou de l'action *arborum furtim cæsarum*. Or nous savons que

voit s'appelle *damnum injuria datum*, *damnum injuriæ* ou simplement *damnum*. Trois différences profondes le séparent du vol et de l'injure : 1° le dol n'en est pas un élément essentiel ; 2° l'action qu'il engendre a pour but principal une indemnité, quoiqu'elle puisse accidentellement se trouver mélangée d'un caractère pénal ; 3° enfin, même dans le dernier état du droit, ce délit n'encourt pas d'une manière générale une répression par voie criminelle. En effet il appartient, par la nature des choses, au droit civil, tandis que le vol et l'injure sont véritablement des matières de droit criminel que les Romains ont eu le tort de traiter comme matières de droit civil.

La loi Aquilia a trois chapitres. Le premier vise le meurtre de l'esclave d'autrui ou de certains animaux ; le second, l'acceptilation faite en fraude des droits du créancier par un *adstipulator ;* et le troisième, tous les dommages qu'on peut causer à la chose d'autrui en dehors des hypothèses comprises dans le premier chapitre. Avant de développer ces indications, fixons-nous sur les caractères généraux du *damnum injuria datum*. J'en compte trois :

1° Avant tout, le nom même de ce délit nous avertit qu'il suppose un dommage causé à autrui. Ainsi le tiers qui détruit le testament d'une personne encore vivante échappe à l'action *legis Aquiliæ*, bien que d'autres actions puissent naître de son fait (L. 41 pr., *Ad leg. Aqu*).

2° Il faut que ce dommage soit injuste, c'est-à-dire contraire au droit (L. 151, *De reg. jur.*, L, 17). Donc si, attaqué par l'esclave d'autrui, je ne puis me défendre qu'en le tuant, si je suis forcé, pour circonscrire un incendie, d'abattre un mur qui ne m'appartient pas, si enfin dans le déchaînement d'une tempête contre laquelle les efforts humains sont impuissants, mon navire en heurte un autre et le coule, je ne suis point tenu de l'action *legis Aquiliæ ;* car dans toutes ces hypothèses le dommage résulte ou de l'exercice du droit de légitime défense ou d'un cas fortuit (§ 2 *sup.* — L. 29 § 4 ; L. 45 § 4 ; L. 49 § 1, *Ad leg. Aqu.*). La loi Aquilia n'atteint donc que le dol ou la faute (Inst., §§ 3 et 14, *De leg. Aqu.*), mais elle atteint la faute même la plus légère (L. 44 pr., *Ad leg. Aqu.*) (1). On remarquera du reste qu'il y a faute à entreprendre au delà de ses forces ; ainsi le chirurgien inhabile répond d'une opération mal faite, et le charretier des accidents causés

ces deux actions furent maintenues (L. 11 §§ 3, *De præscr. verb.*, XIX, 5. — L. 1, *Arb. furt. cæs.*, XLVII, 7. — L. 6, C., *De leg. Aqu.*, III, 35).

(1) C'est là toute la pensée d'Ulpien, quand il dit que la loi Aquilia réprime le dommage *qualiterqualiter datum* (L. 1 § 4, *Si is qui test.*, XLVII, 4).

par un cheval qu'il n'a pas su diriger ou n'a pas pu retenir (§§ 7 et 8 *sup.* — L. 132, *De reg. jur.*).

3° Il faut que le dol ou la faute consistent en un fait proprement dit, non en une simple négligence (L. 27 § 9, *Ad leg. Aqu.*) (1). Et cette discrétion du législateur romain ne saurait être critiquée ; car il ne s'agit pas ici, comme dans la théorie des fautes contractuelles, de rechercher jusqu'à quel point un débiteur est responsable de l'inexécution de son obligation : notre hypothèse, du moins la principale et la seule qui eût besoin d'être réglée par une loi spéciale, est celle de deux personnes qui n'ont pas contracté ensemble, et la question consiste à savoir dans quelle mesure l'une a le droit de nuire à l'autre. Or, bien que la morale nous prescrive fort souvent d'agir dans l'intérêt de nos semblables, la loi, elle, n'a pas qualité pour se montrer aussi exigeante. Tout ce qu'elle peut et doit nous demander, c'est le respect du droit d'autrui, et voilà pourquoi la loi Aquilia réprime la faute active la plus minime, et ne réprime pas les négligences même les plus grossières et les moins pardonnables (2). Ne nous méprenons pas toutefois : lorsqu'un fait licite et en lui-même inoffensif est suivi d'une négligence qui aboutit à le rendre dommageable pour autrui, cette négligence devient délit. Ainsi, le cultivateur qui brûle son terrain pour y détruire les mauvaises herbes ou les insectes nuisibles est dans son droit ; mais si, faute de surveillance, il laisse le feu se propager jusqu'au fonds voisin et en consumer la récolte, il tombe sous le coup de la loi Aquilia (L. 30 § 3, *Ad leg. Aqu.*). Tel est aussi le cas du médecin qui, après avoir opéré un esclave, ne surveille pas les suites de l'opération et le laisse mourir. Refuser son ministère lui était permis ; mais ayant une fois commencé à agir, il ne devait pas s'interrompre (§ 6 *sup.*).

En résumé donc, le délit de la loi Aquilia consiste en un dommage que l'on cause à autrui par dol ou par faute. Mais la loi ne prévoit pas, tant s'en faut, tout dommage de ce genre. Si nous laissons de

(1) Ulpien suppose ici que le feu s'est communiqué d'un four à une *villa* voisine, mais que l'esclave chargé de surveiller le feu n'est point celui qui avait été chargé de l'allumer. On se demande si cet esclave a contrevenu à la loi Aquilia ; car, dit Ulpien, *nihil fecit*. Le jurisconsulte admet néanmoins une action utile. En effet, le feu une fois allumé, il fallait qu'on le surveillât, et cette obligation n'a pas pu être éludée par ce fait que la besogne a été répartie entre deux esclaves.

(2) Cette doctrine nous a déjà expliqué pourquoi le Préteur exige de l'usufruitier la promesse de jouir en bon père de famille (L. 13 § 2, *De usuf.*, VII, 1. — n° 276).

côté son second chapitre, qui se renferme dans une hypothèse tout à fait spéciale, nous pouvons aux trois conditions qui précèdent ajouter les deux suivantes : il faut que le dommage soit causé *corpori* et *corpore;* sinon, nous sommes en dehors des termes de la loi (§ 16, *De leg. Aqu.*). Le dommage doit être causé *corpori*, c'est-à-dire consister dans la destruction ou la dégradation d'une chose corporelle. Il doit être causé *corpore*, c'est-à-dire résulter directement du fait même du délinquant et non pas de l'action d'une cause étrangère que ce fait a mise en mouvement. Ainsi lorsque je mets aux mains de votre esclave le glaive dont il doit se percer ou que j'excite un chien à le mordre, je ne cause pas le dommage *corpore meo;* je l'occasionne plutôt que je ne le commets; tout au contraire, si j'eusse moi-même percé l'esclave ou tenu de la main le chien qui l'a mordu, le dommage serait mon œuvre directe, et la loi Aquilia prise à la lettre s'appliquerait. C'est ainsi encore qu'un esclave étant empoisonné, on distingue s'il a pris de lui-même le poison qu'un tiers s'était borné à lui préparer, ou si ce tiers le lui a directement administré (L. 7 § 6; L. 9 pr., *Ad leg. Aqu.* — L. 57, *Loc. cond.*, XIX, 2). Du reste le dommage est réputé causé *corpore*, alors même que le délinquant s'est aidé pour le commettre d'un instrument ou d'un corps quelconque (L. 29 § 2, *Ad leg. Aqu.*).

II. — ANALYSE DES DISPOSITIONS DE LA LOI AQUILIA.

Lib. IV, tit. III, *De lege Aquilia*, pr. — Damni injuriæ actio constituitur per legem Aquiliam : cujus primo capite cautum est ut, si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem quæ pecudúm numero sit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur (Gaius, III, § 120).

§ 1. — Quod autem non præcise de quadrupede, sed de ea tantum quæ pecudum numero est, cavetur, eo pertinet ut neque de feris bestiis neque de canibus cautum esse in-

L'action à raison du dommage injustement causé est établie par la loi Aquilia. Le premier chapitre de cette loi dispose que si quelqu'un tue sans droit l'esclave ou le quadrupède d'autrui, mais un de ces quadrupèdes qui font partie du bétail, il sera condamné à payer au propriétaire la plus haute valeur que la chose a eue dans l'année.

Si la loi ne parle pas absolument des quadrupèdes, mais seulement de ceux qui font partie du bétail, c'est pour exclure les animaux sauvages et les chiens, et pour marquer

telligamus, sed de iis tantum quæ proprie pasci dicuntur, quales sunt equi, muli, asini, boves, oves, capræ. *De suibus quoque idem placuit*; nam et sues pecudum appellatione continentur, quia et hi gregatim pascuntur. Sic denique et Homerus in Odyssea ait, sicut Ælius Marcianus in suis Institutionibus refert :

Δήεις τόνγε σύεσσι παρήμενον· οἱ δὲ νέμονται
Πὰρ Κόρακος πέτρῃ, ἐπί τε κρήνῃ Ἀρεθσύσῃ

(*Odyss.*, XIII, v. 407 et 408.)
(Marcian., L. 65 § 4, *De leg.* 3°, XXXII.)

§ 9. — His autem verbis legis, *quanti in eo anno plurimi fuerit*, illa sententia exprimitur, ut si quis *hominem tuum*, qui hodie claudus aut mancus, aut luscus erit, *occiderit*, qui in eo anno integer et pretiosus fuerit, non tanti teneatur quanti hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit. Qua ratione creditum est pœnalem esse hujus legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris : ideoque constat in heredem eam actionem non transire, quæ transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis æstimaretur.

§ 10. — Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis æstimationem habendam esse, secundum ea quæ diximus, sed eo amplius quidquid præterea perempto eo cor-

qu'elle s'applique seulement à ceux dont on dit avec exactitude qu'ils paissent, tels sont les chevaux, les mulets les ânes, les bœufs, les moutons, et les chèvres. On reconnaît qu'il faut en dire autant des porcs; car eux aussi sont compris dans le bétail, puisqu'ils paissent en troupeaux. Et en effet, comme le rapportent les Institutes d'Ælius Martianus, Homère dit dans l'*Odyssée*

« Tu trouveras cet homme assis près de ses porcs, et eux-mêmes paissant auprès du rocher de Corax et sur les bords de la source Aréthuse. »

Par ces mots *la plus haute valeur que la chose a eue dans l'année*, la loi veut dire que si l'on vous tue un esclave aujourd'hui boiteux, manchot ou borgne, mais qui dans la même année a été exempt de cette infirmité et a valu un prix élevé, ce n'est pas de sa valeur actuelle, mais de la plus haute valeur qu'il a eue dans l'année que le meurtrier est tenu. Aussi a-t-on considéré cette action comme pénale, car le meurtrier ne s'oblige pas seulement dans la mesure du dommage causé, mais quelquefois bien au delà; et c'est pourquoi l'on reconnaît que cette action ne se transmet point contre les héritiers, comme cela arriverait si la condamnation ne dépassait jamais le dommage.

On admet, non pas d'après le texte de la loi, mais par interprétation, qu'il faut comprendre dans l'estimation non seulement, comme nous l'avons dit, la valeur de l'objet détruit, mais encore tout le dommage

pore damni nobis allatum fuerit, veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum antea quis occiderit, quam jussu tuo adiret : nam hereditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat. Item, si ex pari mularum unam, vel ex quadriga equorum unum occiderit, vel ex comœdis unus servus occisus fuerit, non solum occisi fit æstimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt qui supersunt (Gaius, III, § 212).

que sa perte nous a causé. Par exemple, si votre esclave a été institué héritier par quelqu'un, et qu'il soit tué avant d'avoir fait adition par votre ordre, sans nul doute on doit tenir compte de la valeur de l'hérédité qui vous échappe. De même, lorsqu'en tuant une mule ou un cheval on dépareille le couple ou le quadrige, ou que l'on tue un esclave faisant partie d'une troupe de comédiens, ce n'est pas seulement de l'animal ou de l'esclave tué qu'il faut tenir compte, c'est aussi de la dépréciation de ceux qui restent.

§ 11. — Liberum autem est ei cujus servus occisus fuerit, et judicio privato legis Aquiliæ damnum persequi, et capitalis criminis eum reum facere (Gaius, III, § 273).

Du reste, celui dont on a tué l'esclave peut à la fois poursuivre la réparation du dommage par l'action privée de la loi Aquilia et intenter contre le coupable une accusation capitale.

§ 12. — Caput secundum legis Aquiliæ in usu non est.

Le second chapitre de la loi Aquilia est tombé en désuétude.

§ 13. — Capite tertio de omni cetero damno cavetur. Itaque si quis servum, vel eam quadrupedem quæ pecudum numero est, vulneraverit, sive eam quadrupedem quæ pecudum numero non est, veluti canem aut feram bestiam, vulneraverit aut occiderit, hoc capite actio constituitur. In ceteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus quæ anima carent, damnum injuria datum hac parte vindicatur : si quid enim ustum aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur, quamquam poterat sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere, ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum

Le troisième chapitre statue sur toute autre espèce de dommages. Donc celui qui blesse un esclave ou un quadrupède compris sous le nom de bétail, de même celui qui tue un chien ou une bête sauvage, sont tenus de l'action établie par ce chapitre. Pareillement, le dommage causé à tous autres animaux et à toute espèce de choses inanimées rentre dans cette partie de la loi. En effet, elle donne action dans tous les cas où quelque chose a été brûlé, rompu, brisé, et cela quoique le mot rompu (*ruptum*) fût suffisant pour embrasser tous ces cas, car il se dit de tout ce qui a été détérioré (*corruptum*). Aussi ce ne sont pas seulement les choses bri-

fracta aut usta, *sed etiam scissa, et* collisa, et effusa, et quoquo modo perempta atque deteriora facta, hoc verbo continentur; denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id immiserit, quo naturalis bonitas vini aut olei corrumperetur, ex hac parte legis eum teneri (Gaius, III, § 217).

sées ou brûlées, mais encore les choses fendues, écrasées, répandues, ou d'une manière quelconque détruites et détériorées, qui sont comprises dans ce mot; et en conséquence, on a répondu que celui qui par une substance introduite dans le vin ou dans l'huile d'autrui lui ôte sa bonne qualité naturelle est tenu en vertu de ce troisième chapitre.

§ 14. — *Illud palam est, sicut ex* primo capite ita demum quisque tenetur, si dolo aut culpa ejus homo aut quadrupes occisus occisave fuerit, ita ex hoc capite, de dolo aut culpa, de cetero damno quemque teneri. Hoc tamen capite, non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is qui damnum dederit (Gaius, III, § 218).

C'est chose évidente que, comme aux termes du premier chapitre celui-là seul est tenu qui a tué par dol ou par faute l'esclave ou le quadrupède d'autrui, de même ce dernier chapitre ne s'applique qu'aux autres dommages causés par dol ou par faute. Cependant d'après ce dernier chef, c'est jusqu'à concurrence de la valeur que la chose a eue dans les trente jours précédents, et non pas dans l'année, que l'auteur du dommage est tenu.

§ 15. — *Ac ne plurimi quidem* verbum adjicitur; sed Sabino recte placuit, perinde habendam æstimationem, ac si etiam hac parte plurimi verbum adjectum fuisset : nam plebem Romanam, quæ Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit, contentam fuisse quod prima parte eo verbo usa est (Gaius, III, § 218).

La loi n'ajoute pas, il est vrai, qu'il s'agit ici de la plus haute valeur; mais l'estimation doit se faire comme si cette idée eût été exprimée, c'est ce que Sabinus décide avec raison; en effet, la plèbe, votant cette loi sur la proposition du tribun Aquilius, trouva suffisant que le premier chef de la loi se fût expliqué formellement à cet égard.

679. Commençons par préciser l'objet des trois chapitres de la loi (1).

Premier chapitre. — La loi suppose que l'on a tué *alienum servum, alienamve quadrupedem vel pecudem* (pr. *sup.*). Il faut donc déterminer quels sont les animaux dont le meurtre est assimilé à celui des esclaves.

(1) Nous possédons le texte même du 1er et du 3e chapitre (L. 2 pr.; L. 27 § 5, *Ad leg. Aqu.*).

Si le mot *pecus* eût été pris ici dans le sens général qu'il affecte assez souvent, la disposition se serait appliquée à toute espèce d'animaux, et alors à quoi bon une mention spéciale des quadrupèdes? On vit donc dans l'addition des mots *vel pecudem* l'intention de restreindre la portée du mot *quadrupedem*. Or comme *pecus* désigne proprement les animaux qui paissent en troupeaux sous la conduite de l'homme, c'est-à-dire, pour aller au fond des choses, les herbivores qui servent d'une manière quelconque à l'exploitation d'un fonds, la loi fut interprétée comme excluant tous les quadrupèdes sauvages et même les carnivores domestiques, tels que le chien et le chat. Les quadrupèdes auxquels elle s'applique sont donc d'abord ceux qui figurent sur la liste des *res mancipi*, plus ceux qui appartiennent aux espèces ovine, caprine et porcine (§ 1 *sup.*) (1). Comptons encore, avec Gaius (L. 2 § 2, *Ad leg. Aqu.*) les chameaux et les éléphants, animaux de nature sauvage, il est vrai, mais qui peuvent s'apprivoiser et rendre les mêmes services que les bêtes de somme et de trait. Du reste, le délit prévu par ce premier chapitre ne suppose pas nécessairement que l'esclave ou l'animal aient été tués sur le coup : c'est assez qu'ils aient été blessés mortellement (2). Mais en pareil cas, et cette observation est fort importante

(1) Le texte des Institutes nous apprend qu'on discuta si les porcs devaient être réputés compris dans le premier chef de la loi Aquilia, et nous trouvons ailleurs une discussion semblable pour le cas où il s'agit de déterminer l'étendue d'un legs qui porte sur les *pecora* du testateur (L. 64 § 4, *De leg.* 3°, XXXII). Probablement le doute venait de ce que le porc ne rend aucun des services spéciaux que fournissent les autres animaux qui paissent en troupeaux : en effet, il n'est point bête de trait ou de somme, et il ne donne ni lait ni laine.

(2) De là deux hypothèses qu'il faut prévoir : 1° il est possible que le maître, ne soupçonnant pas le caractère mortel de la blessure, ait déjà agi en vertu du troisième chef de la loi Aquilia. L'esclave ou l'animal mourant ensuite, une nouvelle action pourra-t-elle être exercée en vertu du premier chef? Oui, sans aucun doute, mais la seconde condamnation sera diminuée de tout le montant de la première (LL. 46 et 47, *Ad leg. Aqu.*); 2° on peut supposer que mon esclave, déjà blessé à mort par Primus, vient ensuite à être tué par Secundus. Il est hors de doute que Secundus est tenu en vertu du premier chef de la loi. Mais faut-il en dire autant de Primus? A cet égard les opinions me paraissent avoir été partagées. Julien, raisonnant d'après une logique rigoureuse, estime que le premier chef s'applique aussi bien à Primus qu'à Secundus; seulement, comme les deux délits n'ont pas même date, les deux condamnations n'auront pas non plus même mesure (L. 53 pr. et § 2, *Ad leg. Aqu.*). Ulpien, au contraire, veut que Primus ne soit tenu qu'en vertu du troisième chef, et cette doctrine plus indulgente s'explique par une considération très raisonnable : c'est qu'elle prévient toute discussion sur le caractère mortel de la première blessure; en effet, tant qu'un blessé vit encore, il est difficile d'affirmer absolument que sa blessure le tuera (L. 11 § 3, *Ad leg. Aqu.*). Aussi Ulpien, conséquent avec lui-même, décide-t-il que si l'esclave blessé à mort périt ensuite par

quand il s'agit de déterminer les bases de la condamnation, le délit a pour date le jour de la blessure et non pas le jour de la mort (L. 21 § 1, *Ad leg. Aqu.*).

Second chapitre. — Cette seconde disposition, qu'on s'étonne de rencontrer entre les deux autres, car aucun lien ne l'y rattache et elle semble déranger l'économie générale de la loi, disparut nécessairement avec l'*adstipulatio* (n° 557). Aussi Justinien se borne-t-il à en constater la désuétude (§ 12 *sup.*) (1), et l'objet n'en serait pas connu sans la découverte des commentaires de Gaius (III, § 215).

Troisième chapitre. — Cette dernière disposition embrasse tous les dommages matériels qui ne rentrent pas dans la première, savoir : 1° le dommage qui, sans aller jusqu'au meurtre, atteint un esclave ou un des animaux précédemment indiqués ; 2° celui qui atteint un autre animal quelconque, soit qu'il y ait mort ou non ; 3° enfin celui qui porte sur une chose inanimée, mobilière ou immobilière, soit qu'il y ait destruction ou simple détérioration (§ 13 *sup.*) (2). On voit tout de suite que ce chapitre est le plus compréhensif des trois et le seul vraiment général ; il nous montre que le but de la loi Aquilia fut de garantir absolument la propriété contre les atteintes des tiers.

680. Des faits prévus par la loi Aquilia, passons à l'action qu'elle organise, et demandons-nous quel sera le contenu de la condamnation. Dans tous les cas elle doit procurer la réparation intégrale du préjudice causé, et ce préjudice ne s'apprécie pas seulement d'après la valeur vénale de la chose qui a été endommagée ou détruite (3) ; mais avec beaucoup de raison et par une interprétation large de la loi, les jurisconsultes veulent qu'on tienne compte au demandeur des pertes accessoires qu'il a pu subir, comme aussi des gains dont il a été frustré. S'agit-il, par exemple, d'un *chirographum* détruit : la condamnation contiendra le montant de la créance (4). S'agit-il d'un esclave tué :

un cas fortuit, et non par l'effet d'un second délit, le troisième chef de la loi est seul applicable (L. 15 § 1, *Ad leg. Aqu.*).

(1) Cette désuétude remonterait au moins au commencement du IIIe siècle, s'il fallait s'en rapporter à un texte qui figure au Digeste sous le nom d'Ulpien. Mais ce texte est probablement l'œuvre de Justinien (L. 27 § 4, *Ad. leg. Aqu.*).

(2) Le troisième chef suppose *aliquid ustum, fractum, ruptum*. Mais les Institutes, à l'exemple de Gaius (III, § 217), nous font remarquer que le mot *ruptum* aurait suffi. Car il est synonyme de *corruptum* et s'applique à tout dommage matériel. Cet observation est également faite au Digeste (L. 27 §§ 15 et 16, *Ad leg. Aqu.*).

(3) On ne tient jamais compte de la valeur d'affection (L. 33 pr., *Ad leg. Aqu.*).

(4) Supposons la créance conditionnelle : la condamnation peut néanmoins être

s'il était dû *sub pœna* (n° 540 *in fine*) ou qu'une hérédité lui fût déférée, il faudra ajouter à sa valeur ce que le maître perd à payer la peine ou ce qu'il eût gagné à recueillir l'hérédité (§ 10 *sup.* — L. 21 § 2; L. 22 pr; L. 23 pr. et § 6 *Ad. leg. Aqu.*).

Telle qu'elle nous apparaît jusqu'à présent, l'action *legis Aquiliæ* ne tend qu'à indemniser le demandeur. Mais il peut arriver aussi qu'elle l'enrichisse et contienne ainsi un véritable élément pénal, et cela par application des trois règles suivantes : 1° dans les cas prévus par le premier chapitre de la loi, la chose s'estime d'après la plus haute valeur qu'elle a eue dans l'année qui a précédé le délit. Si donc on me tue un esclave aujourd'hui infirme et peut-être inutile, mais qui il y a quelques mois encore était vigoureux, intelligent et d'une grande valeur, je réaliserai un bénéfice évident (pr. et § 9 *sup.*); 2° dans les cas prévus par le troisième chapitre, la chose s'estime d'après la plus haute valeur qu'elle a eue dans les trente jours immédiatement antérieurs au délit (§ 14 *sup.*); 3° l'action *legis Aquiliæ* est de celles qui en cas d'*infitiatio* emportent condamnation au double (Inst., § 7, *De obl. quas. ex contr.*, III, 27. — L. 2 § 1; L. 33 § 10, *Ad leg. Aqu.*). Donc de deux choses l'une : ou le délinquant poursuivi reconnaît le fait du délit et ne discute que le chiffre de la satisfaction à fournir, et alors la condamnation se limite au préjudice, augmenté, s'il y a lieu, de la valeur plus grande que la chose a pu avoir dans l'année ou dans le mois; ou au contraire c'est le fait même du délit qui est contesté, et alors, si le demandeur réussit à faire sa preuve, il obtient une condamnation double de celle qu'il eût obtenue dans la précédente hypothèse (L. 25 § 2; L. 26, *Ad leg. Aqu.*). Gaius (III, § 216) nous fait remarquer que cette possibilité d'une condamnation au double donne seule un intérêt à la seconde disposition de la loi, attendu que l'*adstipulator* est déjà tenu par l'action *mandati* jusqu'à concurrence de la créance qu'il a frauduleusement éteinte. Grâce à ces trois règles, l'action *legis Aquiliæ* présente la physionomie d'une action mixte, et c'est ainsi que les Institutes la qualifient (§ 19, *De act.*). Mais nous verrons plus tard que dans le détail de son organisation les Romains n'ont pas tenu un compte suffisant de ce caractère, et l'ont traitée presque de tous points comme une action purement pénale (n° 855) (1).

poursuivie et prononcée tout de suite, mais elle s'évanouit si la condition vient à défaillir (L. 40, *Ad leg. Aqu.*).

(1) J'ai dit qu'en général le délit de la loi Aquilia n'est pas réprimé criminelle-

681. L'action *legis Aquiliæ* ne compète, le texte de la loi est formel à cet égard, qu'au proprétaire de la chose détruite ou endommagée (L. 11 §§ 6 et 9, *Ad leg. Aqu.*) (1). Mais le mot propriétaire s'entend ici avec une certaine largeur. Ainsi lorsque le délit porte sur une chose comprise dans les biens d'un captif ou dans une hérédité jacente, quoique cette chose n'appartienne véritablement à personne, l'action sera donnée plus tard au captif de retour ou à l'héritier qui aura fait adition, et cela par application des principes relatifs au *postliminium* et à la personnalité de l'hérédité jacente (L. 43, *Ad leg. Aqu.*). Du reste, le propriétaire lui-même ne peut agir que sur le fondement d'un intérêt personnel. Il ne suffit donc pas que le fait envisagé en lui-même réponde pleinement à la définition du *damnum injuria datum* ; il faut que le demandeur en souffre. Ainsi le meurtre d'un esclave que j'avais affranchi et institué dans mon testament me permet bien d'agir *ex lege Aquilia* ; mais si je meurs avant toute poursuite intentée, l'héritier qui me succède à la place de cet esclave prédécédé ne sera point reçu à agir ; car un délit qui lui vaut une succession ne le lèse pas (L. 23 § 1, *Ad leg. Aqu.*) (2). Cette nécessité d'un dommage éprouvé par le propriétaire fait naître la question suivante : s'il était débiteur de la chose détruite ou endommagée et que du reste il ne fût pas en demeure, lui donnerons-nous néanmoins l'action *legis Aquiliæ?* Car, peut-on dire, il n'est point lésé, puisque les risques ne tombent pas à sa charge. Les textes ne résolvent pas la question d'une manière générale et uniforme. Si le propriétaire devait la chose en vertu d'une vente, l'action naît en sa personne, mais il est tenu de la céder à son acheteur (nº 612 *in fine*). Si au contraire son obligation dérivait d'une stipulation, l'action ne lui compète pas, et comme d'autre part elle ne saurait prendre naissance dans la personne du stipulant, ce dernier peut agir *de dolo* ou *in factum* contre l'auteur du dommage (L. 18 § 5, *De dol. mal.*, IV, 3) (3). Cette différence, qui tout

ment. Mais il y a des exceptions. Ainsi la loi Cornélia *de Injuriis* punit le meurtre de l'esclave d'autrui, lorsqu'il a été commis avec intention (§ 11 *sup.* — L. 23 § 9, *Ad leg. Aqu.*). — L. 7 § 1, *De inj.*, XLVII, 10). De même les coups et blessures qui atteignent cet esclave sans le tuer peuvent donner lieu à l'application de la *lex Julia de vi* (L. L. 2 et 3, *Ad leg. Jul. de vi priv.*, XLVIII, 7). Enfin, le délit de la loi Aquilia concourt dans certains cas avec le crime de faux (L. 16 § 5, *Fam. ercisc.*, X, 2. — L. 1 § 4, *De leg. Corn. de fals.*, XLVIII, 10).

(1) Je mets évidemment de côté l'hypothèse du second chef, dans laquelle l'action ne peut être donnée qu'au stipulant principal.

(2) Voy. aussi l'hypothèse prévue par la loi 36 § 1, *Ad. leg. Aqu.*

(3) Ce texte, qui est de Paul, statue sur l'hypothèse la plus fréquente, celle du

d'abord étonne, n'est pas inexplicable : en effet, le vendeur, puisqu'il est tenu de la garde de la chose jusqu'à la tradition, doit prouver que le délit n'est pas imputable à sa propre négligence ; le promettant, au contraire, ne répondant que de ses actes, n'a pas de preuve semblable à fournir. L'un est donc intéressé, l'autre ne l'est pas.

682 *a*. J'ai dit incidemment (n° 677) que la loi Aquilia n'implique aucun rapport contractuel entre l'auteur du dommage et la personne lésée. Mais elle n'exclut pas non plus l'existence d'un rapport de ce genre (1). Supposons donc que ma chose se trouve aux mains d'un tiers en vertu d'un contrat qui l'oblige à me la restituer, et demandons-nous ce qui arrivera s'il vient à la détériorer ou à la détruire par un fait compris dans les termes de la loi Aquilia. Deux hypothèses doivent être distinguées : 1° le fait constitue une faute dont le débiteur est déjà tenu en vertu de son contrat. Ici sans difficulté le créancier sera investi tout à la fois et de l'action contractuelle et de l'action *legis Aquiliæ :* car on ne concevrait pas que le fait cessât d'être un délit par cette raison qu'il est déjà prohibé par la loi du contrat (L. 7 § 8, *ad leg. Aqu.*). Seulement nous aurons à voir plus tard que le créancier ne cumule pas le bénéfice des deux actions (n° 856) ; 2° à l'inverse le fait peut être tel que le débiteur n'encoure aucune responsabilité contractuelle. Pour comprendre cela nous n'avons qu'à nous placer dans l'espèce d'un dépôt et à supposer que le fait ne contienne ni dol ni faute lourde (2). Or abstraction faite de sa qualité de dépositaire, l'auteur du dommage serait certainement tenu de l'action de la loi Aquilia. On se demande donc s'il va y échapper par cette seule raison qu'il n'est point responsable selon les règles de son contrat. A défaut d'une solution fournie par les textes, plusieurs interprètes dis-

dommage causé par un tiers. Mais si nous supposons que la chose due ait été détruite par le stipulant lui-même, on distingue : ou le débiteur était en demeure, et alors il est simplement libéré ; ou il n'était pas en demeure, et ici, quoiqu'il soit encore libéré, on lui donne l'action *legis Aquiliæ*, et cela, comme l'explique un scoliaste des Basiliques, à raison des bénéfices que la chose lui aurait procurés en attendant qu'il exécutât son obligation (L. 54, *Ad leg. Aqu.* — *Basil.*, LX, 3, 54). Or les interprètes se demandent si, lorsque le délit est l'œuvre d'un tiers, le débiteur qui n'est point en demeure n'a pas le même intérêt à exercer l'action *legis Aquiliæ*. Et peut-être, en effet, n'entend-on la lui refuser qu'autant qu'il ne peut justifier d'aucun intérêt en dehors de la valeur de la chose détruite.

(1) C'est ce que prouverait au besoin le second chef de la loi.

(2) On peut aussi prendre l'exemple d'une société et supposer que l'un des associés nuit aux autres par une faute active, mais très légère, et qu'il a l'habitude de commettre dans l'administration de ses propres affaires.

tinguent : le dommage a-t-il son principe dans un fait autorisé par le contrat, la loi Aquilia ne l'atteindrait pas, car il n'est pas véritablement contraire au droit. En tout autre cas, la loi Aquilia s'appliquerait. C'est ce qu'un exemple va éclaircir : dépositaire d'un vase précieux, je l'emporte avec moi dans un déménagement, et une légère maladresse le brise. Comment, dit-on, serais-je responsable du dommage, puisque dans l'espèce je ne faisais qu'user d'un droit et même exécuter une obligation en déplaçant l'objet déposé? Qu'au contraire j'aie brisé le vase pour avoir voulu le montrer à quelque curieux, je serai tenu ; car j'eusse évité cet accident en me renfermant strictement dans mon obligation de garder la chose (1).

III. — DE LA RÉPRESSION DES DOMMAGES NON COMPRIS DANS LES TERMES DE LA LOI AQUILIA.

Lib. IV, Tit. III, *De lege Aquilia*, § 16. — Ceterum placuit ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis præcipue corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent; veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit ut fame necaretur, aut jumentum tam vehementer egerit ut rumperetur, aut pecus in tantum exagitaverit ut præcipitaretur, aut si quis alieno servo persuaserit ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is ascendendo vel descendendo aut mortuus aut aliqua corporis parte læsus fuerit, utilis actio in eum datur. Sed si quis alienum servum aut de ponte aut de ripa in flumen dejecerit, et is suffocatus fuerit, eo quod projecit, corpore suo damnum dedisse non difficulter intelligi pote-

Au reste, il est admis que celui-là seul est tenu de l'action directe de la loi Aquilia, qui a causé le dommage avec son propre corps. Et c'est pourquoi, lorsque le dommage a été causé d'une autre manière, l'usage est de donner des actions utiles. Par exemple, si l'on enferme l'esclave ou le troupeau d'autrui de manière à les faire mourir de faim, si l'on presse une bête de somme avec tant de violence qu'elle en crève, si l'on effarouche un troupeau au point de le pousser dans un précipice, si l'on persuade à l'esclave d'autrui de monter sur un arbre ou de descendre dans un puits, et qu'en montant ou en descendant l'esclave se tue ou se blesse, tous ces faits donnent lieu à l'action utile. Mais si du haut d'un pont ou d'une rive l'esclave d'autrui a été précipité dans un fleuve

(1) A l'appui de cette distinction on peut argumenter d'un texte d'Ulpien (L. 27 § 29).

rit, ideoque ipsa lege Aquilia tenetur.

. .

Sed si non corpore damnum datum, neque corpus læsum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit, quum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri; veluti si quis, misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit ut fugeret (Gaius, III, § 219).

et s'y est noyé, celui qui l'a poussé est par cela même réputé avoir causé le dommage par son propre corps, et en conséquence il est tenu directement en vertu de la loi Aquilia.

Que s'il n'y a point de dommage causé avec le corps ou à un objet corporel, et que pourtant quelqu'un ait été lésé, comme il n'y a lieu d'appliquer ni l'action directe ni l'action utile de la loi Aquilia, on décide que le délinquant est tenu d'une action *in factum*. Tel est le cas de celui qui, par compassion, a détaché l'esclave d'autrui et lui a ainsi donné le moyen de fuir.

683. La loi Aquilia était fort incomplète. Car, d'une part, elle n'assurait pas la réparation de tout dommage causé à une chose corporelle, et, d'autre part, elle laissait absolument en dehors de ses prévisions les dommages, même les plus considérables et les plus injustes, qui n'atteignaient pas une chose corporelle. L'intervention de la jurisprudence et du Préteur était donc nécessaire, et, comme on va le voir, elle ne fit pas défaut.

Je dis d'abord que, même en ce qui concerne le dommage causé à une chose corporelle, la loi Aquilia ne suffisait pas. En effet, si on la prend à la lettre, ce dommage restera non réparé dans trois ordres d'hypothèses : 1° lorsqu'il affecte une chose hors du commerce; 2° lorsqu'il atteint une personne autre que le propriétaire ; 3° enfin lorsqu'il n'est pas la conséquence directe du fait du délinquant, ou, comme disent les Romains, lorsqu'il n'a pas été causé *corpore*. Sur ces trois points l'esprit de la loi permettait d'aller au delà de la lettre. Pour cela on n'avait qu'à recourir au procédé si commode et si usité des actions utiles, et c'est ce que l'on fit dans une large mesure. Supposons d'abord que la chose détruite ou endommagée fût hors du commerce : ici, comme en général aucun intérêt privé n'était en jeu, et que d'ailleurs les lois répressives ne manquaient pas, il n'y avait guère lieu à l'action utile de la loi Aquilia ; cependant, lorsqu'il s'agit de coups et blessures portés à un homme libre, on la donne sans difficulté, soit à lui-même, soit, s'il est fils de famille, à son père

(L. 5 § 3; L. 6; L. 7 pr.; L. 13 pr., *Ad leg. Aqu.*). Que si la personne lésée est autre que le propriétaire, l'action utile de la loi Aquilia n'est pas non plus accordée d'une manière générale; ainsi on la refuse à un simple créancier, mais on la donne à l'usufruitier et à l'usager, et cela quel que soit le délinquant, fût-ce même le nu-propriétaire, car le droit de ces personnes est un démembrement de la propriété, et l'on peut, sans trop forcer le sens du mot, les qualifier propriétaires (L. 7 § 4, *De dol. mal.*, III, 3. — L. 17 § 3, *De usuf.*, VII, 1. — L. 11 § 10; L. 12, *Ad leg. Aqu.*) (1). Enfin, là où l'application directe de la loi n'est écartée que parce que le dommage n'a point été causé *corpore*, et j'ai cité plusieurs cas où cela arrive (n° 678, *in fine*), on donne invariablement l'action utile, et l'on ne pouvait décider autrement sans subtilité; car que je tue votre esclave de ma propre main, ou que, l'ayant enfermé, je l'amène ainsi à mourir lentement d'inanition, quelle différence peut-on établir entre ces deux faits, soit qu'on les apprécie au point de vue moral ou dans leurs conséquences matérielles (§ 16 *sup.* — L. 53, *Ad leg. Aqu.* — L. 4, *De serv. corr.*, XI, 3) (2)? Grâce surtout à cette dernière extension, on peut dire que l'action de la loi Aquilia réprime pleinement les atteintes à la propriété (3).

(1) Que décider à l'égard du créancier gagiste? Les textes ne me paraissent pas d'accord. Paul et Marcellus lui donnent l'action utile, mais seulement dans deux cas exceptionnels : c'est d'abord lorsque le débiteur est insolvable, et ici, pour que la décision ait un intérêt, il faut absolument supposer le délit commis par un tiers; c'est, en second lieu, quand par l'effet d'une *plus petitio*, d'une péremption d'instance ou de toute autre manière, le créancier a perdu son action personnelle sans cesser d'avoir une créance naturelle, et dans ces cas il n'y a plus à distinguer si le délit est l'œuvre du débiteur lui-même ou d'un tiers. Du reste, ces jurisconsultes n'admettent pas que le gagiste obtienne jamais une condamnation supérieure au montant de sa créance (L. 30 § 1, *Ad. leg. Aqu.*). — L. 27, *De pign. et hyp.*, XX, 1). D'un autre côté, Ulpien paraît refuser au gagiste l'action utile, et lui donner, mais dans tous les cas et sans conditions, une simple action *in factum* où la valeur de la chose s'apprécie au jour du décès et où la condamnation ne peut s'élever au double. Le même Ulpien donne aussi cette action *in factum* au possesseur de bonne foi, qui certainement ne peut pas agir *ex lege Aquilia* (L. 17 § 1, *De rei. vind.*, VI, 1. — L. 11 § 8; L. 17 pr., *Ad leg. Aqu.*)

(2) Du reste je n'entends pas limiter aux cas ci-dessus énumérés l'application de l'action utile de la loi Aquilia. Ainsi elle est donnée contre celui qui a consommé des denrées alimentaires dont il n'était pas propriétaire ou qui a fait paître ses troupeaux sur le fonds d'autrui (L. 30 § 2, *Ad leg. Aqu.* — L. 7, C., *De leg. Aqu.*, III, 35). On distingue donc entre le fait qui dégrade ou détruit la chose envisagée dans sa forme et celui qui en fait en quelque sorte disparaître la substance. De même l'action utile se donne contre celui qui par son dol ou sa faute a rendu possible le délit commis par un autre (L. 7 § 3; L. 9 § 3; L. 11 § 1, *Ad. leg. Aqu.*).

(3) Cela nous explique pourquoi les rédacteurs du Code Justinien ont placé le

684. La seconde et aussi la principale lacune précédemment signalée dans la loi Aquilia se réfère au *damnum non corpori datum*, c'est-à-dire au dommage qui ne consiste pas dans l'altération ou la destruction d'un objet matériel. S'emparer de l'esprit de la loi pour en élargir la disposition était chose impossible ici. Car le mot même qu'elle emploie, le mot *rumpere*, détermine trop nettement la limite qu'elle entend ne pas franchir (L. 27 § 14, *Ad leg. Aqu.*). Il fallait donc créer un système complémentaire qui embrassât tous les dommages qu'elle exclut. Or ce système, que j'exposerai plus tard (nos 837 à 843), apparut sur la fin du VIIe siècle de Rome, et je le résume ainsi : partout où un dommage causé sans droit ne peut être réparé par aucune autre voie légale, le Préteur donne, s'il y a eu dol, l'action *de dolo*, sinon, une action *in factum*, l'une et l'autre tendant à rendre le demandeur pleinement indemne, mais non jamais à l'enrichir. Du reste, comme le dol ne se présume pas et qu'on peut avoir beaucoup de peine à l'établir, il arrive souvent que les jurisconsultes, quand ils s'occupent des hypothèses où la loi Aquilia n'est applicable ni d'après son texte ni d'après son esprit, font abstraction de l'action *de dolo* et présentent l'action *in factum* comme étant celle qui est régulièrement destinée à combler la lacune. Ainsi procèdent Ulpien et Paul (L. 27 § 14 ; L. 33 § 1, *Ad leg. Aqu.*). Ainsi font également les Institutes, quand elles établissent (§ 16 *sup.*) une antithèse et comme une gradation entre trois sortes de dommages : l'un, causé *corpore et corpori*, donne lieu à l'action directe de la loi Aquilia; le second, causé *corpori*, mais non pas *corpore*, donne lieu à l'action utile ; enfin le troisième , de quelque façon qu'il soit causé, n'atteint pas un *corpus* et ne donne lieu qu'à une simple action *in factum*. Comme exemple de cette dernière espèce de dommage, Justinien suppose que, rencontrant un esclave attaché par son maître, je le détache sous l'influence d'un pur sentiment de pitié, et qu'il s'enfuit. De toute évidence, je n'ai point lésé la personne physique de l'esclave ; bien au contraire, je l'ai peut-être préservée de quelque lésion ; il n'y a donc pas dommage causé *corpori* (1). Dire qu'en cette hypothèse et dans les autres pareilles on ne donne qu'une action *in factum*, cela signifie que la condamnation ne dépasse jamais

titre *de lege Aquilia* (III, 35) immédiatement après la série des titres qui s'occupent de la propriété et de ses démembrements.

(1) Si, au contraire, j'avais détaché l'esclave par fraude, je serais tenu de l'action *furti* comme complice du *furtum sui* qu'il commet en prenant la fuite (L. 7 § 7, *De dol. mal.*, IV, 3).

le préjudice, tandis que dans l'action utile de la loi Aquilia elle se détermine en général d'après les mêmes règles que dans l'action directe (L. 5, C., *De leg. Aqu.*) (1).

DES QUASI-DÉLITS.

Lib. IV, tit. v, *De obligationibus quæ quasi ex delicto nascuntur*, pr. — Si judex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur; sed quia neque ex contractu obligatus est, et utique peccasse

Lorsqu'un juge fait le procès sien, il n'est pas, à proprement parler, obligé en vertu d'un délit. Mais, comme il n'est pas non plus obligé par contrat, et que pourtant on a quelque chose à lui reprocher,

(1) La doctrine que je viens d'exposer comme certaine n'est pas acceptée par tous les interprètes. Quelques-uns veulent que l'action *in factum* dont parlent les Institutes (§ 16 *sup.*) ne soit pas autre chose que l'action utile de la loi Aquilia, ce qui aboutit à supprimer toute différence pratique entre le *damnum corpori datum* et le *damnum non corpori datum*. Pour soutenir cette thèse, on fait remarquer qu'il y a plus d'une espèce où les Institutes donnent une action utile et où le Digeste parle d'une action *in factum* (§ 16 *sup.* — L. 9 §§ 2 et 3, *Ad leg. Aqu.*). D'une façon plus large encore, on allègue que la plupart des textes du Digeste qui supposent un dommage causé *corpori*, mais non pas *corpore*, en font résulter une action *in factum* (L. 7 § 6; L. 9 pr.; L 11 § 5; L. 29 § 5; L. 49 pr., *Ad. leg. Aqu.*), et de là on conclut qu'en notre matière les expressions action *utilis* et action *in factum* ont une signification absolument identique. Sans insister sur le non-sens qu'une telle conclusion impute au texte des Institutes, voici ce que je réponds : il est certain, car Pomponius nous le dit très formellement (L. 11, *De præscr. verb.*, XIX, 5), que l'action utile de la loi Aquilia est le plus souvent, sinon toujours, rédigée *in factum*. Donc les textes qui se contentent de la désigner par cette dernière qualification peuvent n'être pas assez précis, mais assurément ils ne manquent pas d'exactitude; et pour établir la thèse que je combats, ce qu'il faudrait produire, ce ne sont pas des textes qui qualifient *in factum* l'action fondée sur le dommage *non corpori datum*, ce sont des textes où l'action engendrée par le *damnum non corpori datum* serait appelée action *utilis ex lege Aquilia*. Du reste on ne peut nier qu'il y eût plusieurs cas où les jurisconsultes ne s'accordèrent pas. Ainsi quand par ma faute un objet que le contact de l'eau ne peut pas corrompre ou dénaturer est allé se perdre dans la mer, les uns donnent l'action utile de la loi Aquilia, et d'autres se contentent de l'action *in factum* subsidiaire de l'action *de dolo* (L. 27 § 21, *Ad. leg. Aqu.* — L. 14 pr., L. 23, *De præscr. verb.*). Pareillement, si par étourderie j'ai mis vos bœufs en fuite ou fait tomber l'argent que vous aviez à la main, et qu'un tiers ait profité de cette circonstance pour voler les bœufs ou l'argent, on se demande s'il faut donner l'action utile de la loi Aquilia. Gaius (III, § 202) pose la question et n'y répond pas. Mais Justinien (Inst., § 11, *De obl. quæ ex del.*) donne très résolument une action *in factum*, et sa décision vient à l'appui de la distinction que je défends; car sans nul doute, s'il avait eu en vue l'action utile de la loi Aquilia, il n'aurait eu qu'une chose à changer au texte de Gaius, je veux dire qu'à la place d'une question, il eût mis, comme il l'a fait, une affirmation; mais il se fût contenté de cela et n'aurait pas remplacé l'expression *utilis actio legis Aquiliæ* par la simple mention d'une action *in factum*.

aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam sustinebit (Gaius, L. 6, *De extr. cognit.*, L, 13).

§ 1. — Item is ex cujus cœnaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitabat, dejectum effusumve aliquid est, ita ut alii noceretur, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi, aut liberi. Cui similis est is qui, ea parte qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet quod potest, si ceciderit, alicui nocere : quo casu pœna decem aureorum constituta est. De eo vero quod dejectum effusumve est, dupli quanti damnum datum est constituta est actio. Ob hominem vero liberum occisum, quinquaginta aureorum pœna constituitur; si vero vivat, nocitumque ei esse dicatur, quantum ob eam rem æquum judici videtur, actio datur : judex enim computare debet mercedes medicis præstitas, ceteraque impendia quæ in curatione facta sunt, præterea operarum quibus caruit aut cariturus est, ob id quod inutilis factus est (Gaius, L. 5 § 5, *De obl. et act.*, XLIV, 7. — L. 7, *De his quid effud.*, IX, 3).

§ 2. — Si filius familias seorsum a patre habitaverit, et quid ex cœnaculo ejus dejectum effusumve sit, sive quid positum suspensumve ha-

ne fût-ce qu'une faute, on le tient pour obligé comme en vertu d'un délit, et on laisse à la conscience du juge d'apprécier d'après l'équité le montant de la peine.

De même, lorsque d'un appartement quelque chose a été jeté ou répandu de manière à causer un dommage à quelqu'un, celui qui l'habite en qualité de propriétaire, de locataire, ou à titre gratuit, est réputé obligé comme par un délit. Que si on ne le tient pas pour obligé en vertu d'un délit, c'est que presque toujours son obligation a pour cause la faute d'un tiers, soit d'un esclave, soit d'un homme libre. Pareillement, lorsque dans un endroit où on a l'habitude de passer il y a un objet posé ou suspendu dont la chute pourrait être nuisible à quelqu'un, une peine est établie, et elle a pour objet dix sous d'or. Quant aux choses jetées ou répandues, l'action est, en général, du double du dommage. Mais pour un homme libre tué, il y a une peine de cinquante sous d'or; que si l'homme n'a pas été tué, mais simplement blessé, la condamnation a pour objet la somme qui paraît équitable au juge, et il doit tenir compte des honoraires payés aux médecins, des autres dépenses exigées par le traitement, et en outre des travaux que par suite de son incapacité le blessé n'a pas pu ou ne pourra pas faire.

Lorsqu'un fils de famille habite ailleurs que son père, soit que quelque chose ait été jeté ou répandu de son appartement, soit qu'on y ait

buerit, cujus casus periculosus est, Juliano placuit in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum. Quod et in filiofamilias judice observandum est, qui litem suam fecerit (Gaius, L. 5 § 5, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

placé ou suspendu un objet dont la chute peut causer un dommage, Julien décide que le père n'est tenu d'aucune action, mais qu'on doit agir contre le fils lui-même. Et la même règle doit être observée à l'égard du juge fils de famille qui a fait le procès sien.

§ 3. — Item exercitor navis, aut cauponæ, aut stabuli, de damno aut furto quod in navi, aut in caupona, aut in stabulo (1) factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo *ipsius nullum est maleficium*, sed alicujus eorum quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret; quum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta hæc actio, et aliquatenus culpæ reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit, quæ heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit (Gaius, L. 5 § 6, *De obl. et act.*).

Pareillement le maître d'un navire, d'un hôtel ou d'une écurie, est obligé comme par un délit à raison du dommage causé sur le navire, dans l'hôtel ou dans l'écurie, cela toutefois si le délit n'a point été commis par lui, mais par une des personnes qu'il emploie au service du navire, de l'hôtel ou de l'écurie. En effet, comme ce n'est pas d'un contrat que dérive l'action donnée contre lui, et que pourtant il est jusqu'à un certain point répréhensible pour avoir employé de mauvais sujets, on le répute obligé comme par un délit. Dans ces divers cas, l'action est *in factum* et se donne à l'héritier, mais non contre l'héritier.

685. Les Institutes prévoient ici quatre hypothèses qui toutes donnent lieu à des actions prétoriennes rédigées *in factum* (§ 3 *sup. in fine*).

Première hypothèse. — Le juge *fait le procès sien*, c'est-à-dire que la loi le rend responsable du dommage causé par une mauvaise sentence (2). Évidemment cette responsabilité ne résulte pas d'un mal jugé quelconque. Quels sont donc les cas où elle est admise? Il y en a un d'abord qui disparut forcément lorsque les rôles du juge et du magistrat cessèrent d'être distincts : c'est celui où le juge excède les pouvoirs que la formule lui confère (3). Il y en a un second qui se

(1) Gaius marque très nettement la différence qu'il faut faire entre *caupona* et *stabulum* (L. 5 pr., *Naut.*, *caup.*, IV, 9).

(2) Je conjecture par un passage de Cicéron (*De orat.*, II, 75) que l'avocat pouvait aussi *litem suam facere*.

(3) C'est ce que Gaius (IV, § 52) décide pour le cas où, la formule ayant déter-

retrouve encore dans la législation de Justinien; c'est lorsque par vénalité (1), faveur ou inimitié, en un mot par dol, le juge statue contrairement à la loi (L. 15 § 1, *De jud.*, V, 1), et l'on peut croire sans témérité que la décision est la même lorsque le dol consiste simplement à dénaturer les faits. Mais les textes (pr. *sup.* — L. 5 § 4, *De obl. et act.*, XLIV, 7) nous prouvent que, même en dehors de tout dol, le juge pouvait être responsable de sa sentence, et cela probablement lorsqu'il avait violé la loi par ignorance (*per imprudentiam*), sévérité excessive peut-être à l'époque de Justinien, mais non déraisonnable autrefois, lorsqu'il y avait des jurisconsultes officiels auprès desquels les juges pouvaient s'éclairer. Dans toutes ces hypothèses, la fixation de la condamnation est abandonnée à la conscience du juge devant lequel on renvoie le délinquant (pr. *sup.* — L. 6, *De extr. cogn.*, L, 13) (2).

Reste à résoudre une difficulté. Les sentences rendues pour de l'argent ou qui violent formellement la loi sont nulles de plein droit (L. 19, *De appell.*, XLIX, 1. — L. 7, C., *Quand. prov. non est nec.*, VII, 64); les autres valent, il est vrai, mais l'appel en est permis. Dès lors qu'est-ce que la partie qui succombe peut gagner à attaquer le juge comme ayant fait le procès sien? Et d'abord il est possible que les moyens tirés du droit commun lui fassent défaut; par exemple, l'action sur laquelle est intervenue une sentence absolument nulle était temporaire, et aujourd'hui le délai donné pour agir est expiré; ou bien, la sentence étant valable, la partie perdante n'a point appelé dans les délais réglementaires. Mais ces hypothèses écartées, nous pouvons supposer que le gagnant n'est pas solvable, et alors, si c'est comme demandeur qu'il a triomphé, comment réparera-t-il le préjudice déjà causé à son adversaire par l'exécution du jugement? et si c'est comme défendeur, à quoi bon faire prononcer contre lui une condamnation qu'il n'exécutera certainement pas? En outre, si ce ga-

miné le maximum ou le minimum de la condamnation, le juge condamne néanmoins à une somme plus forte ou plus faible. Je généralise cette décision.

(1) Dans le cas particulier où le juge vend sa sentence, il est tenu du *crimen repetundarum* (LL. 3 et 4, *De leg. Jul. rep.*, XLVIII, 11). Anciennement, les Douze Tables le punissaient de mort (Aul.-Gell., XX, 1, nº 7).

(2) Ulpien, visant le cas d'une sentence contraire à la loi et déterminée par fraude, dit que le juge sera condamné à la *vera litis œstimatio* (L. 15 § 1, *De jud.*); d'où quelques-uns ont conclu que ce cas est soumis à une règle spéciale. Mais cela me paraît peu probable; car les deux textes que je cite embrassent tous les cas possibles et par conséquent ne s'écartent de celui d'Ulpien que par la façon de s'exprimer.

gnant est exempt de dol, il ne peut jamais être tenu à aucuns dommages-intérêts sous le prétexte que son adversaire est obligé de recommencer le procès ou d'appeler, tandis que ces dommages-intérêts seront demandés au juge, et ceci nous montre que le perdant peut tout ensemble poursuivre le juge, et, dans ses rapports avec le gagnant, user du droit commun.

Seconde hypothèse. — On suppose ici que d'un appartement habité quelque chose a été jeté ou répandu dans un endroit public ou privé, mais où tout le monde est admis à passer, et cela aux heures où l'on a l'habitude de sortir, c'est-à-dire en règle générale pendant le jour. Si le fait n'a causé aucune espèce de dommage, il reste sans conséquences; sinon, une action en résulte contre celui qui occupe l'appartement, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il en a la propriété ou la simple jouissance, ni dans ce dernier cas à quel titre il en jouit. On n'examine pas non plus s'il est ou non l'auteur du fait, ni s'il a ou n'a pas de faute à se reprocher, ou, pour être plus exact, on le répute toujours en faute (1). Car la sécurité publique exige qu'il sache ce qui se passe chez lui (L. 1 §§ 1, 2, 4, 7 et 9; L. 6 § 2, *De his qui eff.*, IX, 3) (2). Du reste les résultats de l'action varient selon les cas. Si c'est une chose qui a été lésée, et parmi les choses on comprend ici les esclaves, la condamnation a pour objet le double du dommage causé. Que si la lésion atteint un homme libre, on fait une distinction. L'homme n'a-t-il été que blessé ou contusionné : le juge règle librement la condamnation d'après l'équité. L'homme a-t-il été tué : il y a lieu à une peine fixe de cinquante sous d'or (§ 1 *sup.* — L. 1 pr., *De his qui eff.*) (3). Les mêmes distinctions se retrouvent en ce qui concerne les caractères de l'action. Quand il s'agit d'une chose endommagée, l'action ne compète qu'à la personne appauvrie, elle est perpétuelle et transmissible activement. Quand un homme libre a été blessé, c'est lui seul encore qui est investi de l'action, et il l'est pendant toute sa vie; mais lui mort, au lieu de passer à ses héritiers, elle devient annale et populaire, si l'on est encore dans l'année; sinon, elle s'éteint absolument. Enfin, lorsqu'il s'agit d'un homme

(1) Lorsque l'auteur du fait est connu, il est ordinairement tenu *lege Aquilia*.

(2) Si l'appartement est habité par plusieurs personnes, toutes sont également tenues, et toutes peuvent être condamnées. Mais par un seul payement ou par l'exécution d'une seule condamnation toutes sont libérées, car on ne sait pas quel est l'auteur de la faute (L. 1 § 10; LL. 2, 3 et 4, *De his qui eff.*).

(3) Un autre texte dit *deux cents solides* (L. 42, *De æd. ed.*, XXI, 1).

libre tué, l'action est immédiatement populaire et annale (L. 5, § 5, *De his qui eff.*).

Troisième hypothèse. — Soit un objet placé ou suspendu de telle façon qu'il puisse tomber en un endroit où tout le monde passe et nuire à quelqu'un. Encore qu'il ne soit pas tombé et qu'il n'y ait pas de dommage réalisé (1), le Préteur donne une action contre celui qui habite l'appartement, et cela sans distinguer si c'est par lui-même ou par un tiers que l'objet a été placé ou suspendu (2). Cette action a pour objet une peine de dix sous d'or (§ 1 *sup.*), et elle appartient à tout le monde, car il n'y a pas de personne spécialement indiquée pour l'exercer (L. 5 § 13, *De his qui eff.*) (3).

Quatrième hypothèse. — Supposons un dommage ou un vol commis sur un navire, dans un hôtel ou dans une écurie, et cela par un des employés du maître, au préjudice d'un passager ou d'un voyageur. Sans nul doute le délinquant est passible de l'action de la loi Aquilia ou de l'action *furti*. Mais il peut être insolvable ou inconnu. C'est pourquoi le Préteur tient l'*exercitor navis, cauponæ aut stabuli*, pour responsable du fait de ses employés, et le soumet à une action *in duplum*, action qui, à l'exemple des précédentes, s'éteint par la mort de celui qui en est tenu (4). Du reste, la personne lésée ne peut pas tout ensemble poursuivre l'auteur du délit et l'*exercitor*: elle doit choisir (§ 3 *sup.* — L. 1, §§ 2, 3 et 6, *Furt. adv. naut.*, XLVII, 5) (5).

(1) Si l'objet est tombé et le dommage réalisé, on se trouve dans la précédente hypothèse (L. 1 § 3, *De his qui eff.*).

(2) Le texte de l'édit vise tout particulièrement le cas d'un objet placé ou suspendu sur un balcon ou une saillie qui domine la voie publique. Mais en dehors de ce cas les jurisconsultes admettent une action utile toutes les fois qu'on peut craindre la chute d'un objet (L. 5 §§ 6 et 12, *De his qui eff.*).

(3) Sur ces deux dernières hypothèses, on remarquera que, lorsque l'appartement est habité par une personne *alieni juris*, le père de famille n'est tenu ni de *peculio* ni *noxaliter*. Car il n'y a véritablement ni contrat ni délit. Donc s'agit-il d'un esclave : le préteur le châtie *extra ordinem*. S'agit-il d'un fils de famille : c'est lui seul qui est tenu (L. 1 § 8, *De his qui eff.* — L. 5 § 5, *De obl. et act.*, XLIV, 7). Les Institutes (§ 2 *sup.*) font une remarque semblable pour le cas où un fils de famille aurait fait le procès sien. Mais il y a ici un texte d'Ulpien qui peut paraître embarrassant (L. 15 pr., *De jud.*, V, 1). En effet, ce texte ne donne l'action contre le fils de famille que jusqu'à concurrence de la valeur qu'avait le pécule au jour de la sentence mal rendue. Peut-être veut-il dire que c'est le père qui sera tenu dans cette limite, et alors le fils pourrait être condamné *in solidum*.

(4) Si l'employé est l'esclave de l'*exercitor*, l'action se donne noxalement, parce que le maître ne choisit pas ses esclaves (L. 1 § 6, *Furt. adv. naut.*)

(5) Cette action ne doit pas être confondue avec une autre action *in factum*, qui

DES PERSONNES PAR QUI NOUS POUVONS DEVENIR CRÉANCIERS.

Lib. III, tit. XVII, *De stipulatione servorum*, § 2. — Sed, quum factum in stipulatione continebitur, omnimodo persona stipulantis continetur, veluti si servus stipuletur ut sibi ire agere liceat; ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.

Mais lorsque la stipulation a pour objet un fait, c'est toujours du fait personnel du stipulant qu'il s'agit, par exemple si un esclave stipule qu'on le laissera passer et conduire; en effet, c'est lui seul qui ne peut pas être empêché de passer, non le maître.

§ 3. — *Servus communis* stipulando unicuique dominorum pro portione dominii adquirit, nisi jussu unius eorum aut nominatim cui eorum stipulatus est : tunc enim ei soli adquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis adquiri non potest, solidum alteri adquiritur, veluti si res quam dari stipulatus est, unius domini sit.

Lorsqu'un esclave commun stipule, chacun de ses maîtres acquiert proportionnellement à son droit de propriété, à moins que la stipulation n'ait été faite ou par l'ordre d'un seul ou nominativement pour un seul, auxquels cas c'est celui-là seul qui acquiert. Que s'il y a un des maîtres à qui la stipulation faite par l'esclave ne puisse pas être acquise, elle appartient pour le tout à l'autre; c'est ce qui arrive par exemple quand la chose stipulée appartient à l'un des maîtres.

Lib. III, tit. XXVIII, *Per quas personas nobis obligatio adquiritur*, pr. — Expositis generibus obligationum quæ ex contractu vel quasi ex contractu nascuntur, admonendi sumus adquiri nobis, non solum per nosmetipsos, sed etiam per eas personas quæ in nostra potestate sunt, veluti per servos et filios nos-

Après avoir fait connaître les diverses espèces d'obligations qui naissent d'un contrat ou comme d'un contrat, nous devons avertir que nous devenons créanciers non-seulement par nous-mêmes, mais aussi par les personnes qui sont sous notre puissance, par exemple par nos esclaves et nos fils de famille. Toute-

n'a rien de pénal, qui ne suppose pas même la preuve d'un délit, et que le Préteur donne contre les *exercitores navis, cauponæ aut stabuli*, pour les obliger à restituer les choses dont ils se sont chargés (*res quas receperint*), c'est-à-dire les choses qu'un passager ou un voyageur ont déposées dans le navire, l'hôtel ou l'écurie. Cette action a pour but d'ajouter aux obligations qui résultent du dépôt ou du louage en rendant l'*exercitor* responsable du fait de tous ses employés et même du fait des passagers ou voyageurs. Du reste elle ne se cumule ni avec l'action dont parlent les Institutes ni avec l'action pénale qui compète contre le délinquant lui-même, et elle peut être écartée par un pacte fait au moment de la remise des objets (L. 1 pr. et § 8; L. 2; L. 3 pr., §§ 1, 4 et 5; L. 6 § 4; L. 7 pr., *Naut.*, *caup.*, *stab.*, IV, 9).

tros : ut tamen quod per servos quidem nobis adquiritur, totum nostrum fiat, quod autem per liberos, quos in potestate habemus, ex obligatione fuerit adquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum proprietatis et ususfructus, quam nostra discrevit constitutio : ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur, scilicet patre actionem movente secundum novellæ nostræ constitutionis divisionem (Gaius, III, § 163).

fois les acquisitions de nos esclaves nous sont entièrement propres, tandis que pour les créances acquises par nos fils de famille il faut faire la distinction consacrée par notre constitution en matière de propriété et d'usufruit : c'est-à-dire que le bénéfice provenant de l'action sera soumis à l'usufruit du père, et que le fils en aura la propriété, l'exercice de l'action étant réservé au père d'après notre nouvelle constitution.

§ 1. — Item per liberos homines et alienos servos quos bona fide possidemus, adquiritur nobis, sed tantum ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis vel ex re nostra adquirant (Gaius III, § 164).

De même, par les hommes libres et les esclaves d'autrui que nous possédons de bonne foi, nous acquérons, mais seulement en vertu de deux causes, savoir, quand l'acquisition provient ou de leurs travaux ou de notre propre chose.

§ 2. — Per eum quoque servum in quo usumfructum vel usum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis adquiritur (Gaius, III, § 165).

En vertu des deux mêmes causes nous acquérons aussi par l'esclave dont nous avons l'usufruit ou l'usage.

§ 3. — Communem servum pro dominica parte dominis adquirere certum est, excepto eo, quod uni nominatim stipulando, aut per traditionem accipiendo, illi soli adquirit, veluti quum ita stipulatur : *Titio domino meo dare spondes?* Sed si unius domini jussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur, tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum adquirat qui hoc ei facere jussit, ut supra dictum est (Gaius, III, § 167).

Il est certain que par un esclave commun chacun des maîtres acquiert proportionnellement à son droit de propriété. Mais par exception, si cet esclave stipule ou reçoit une tradition nominativement pour un seul de ses maîtres, c'est pour lui seul aussi qu'il acquiert, par exemple lorsque la stipulation est ainsi conçue : *promets-tu de donner à Titius mon maître?* Quant au cas où l'esclave stipule pour un seul de ses maîtres, il y avait autrefois des divergences; mais notre constitution a décidé que l'acquisition n'appar-

tiendrait qu'à celui qui a donné l'ordre, ainsi que nous l'avons dit plus haut.

686. On a déjà vu (nos 295 et s.) que dans l'acquisition des droits de propriété le père de famille est légalement représenté par les *personæ non extraneæ* ou personnes placées en sa puissance. Une théorie toute semblable se retrouve en matière d'obligations. Je veux dire que dans les cas où l'individu *alieni juris* deviendrait personnellement créancier si sa condition n'y faisait pas obstacle, la créance naît en la personne du père de famille, et cela même à son insu et malgré lui (L. 62, *De verb. obl.*, XLV, 1). Ma tâche se bornant ici, ou peut s'en faut, à reprendre des notions déjà exposées ou indiquées, je puis être très bref. Je parlerai d'abord des esclaves, parce qu'à leur égard la législation n'a pas subi de changements sérieux ; et je me placerai tout particulièrement dans l'hypothèse d'une stipulation, car c'est celle dont les textes s'occupent le plus, et c'est tout à la fois la plus compliquée et la plus simple : la plus compliquée, puisque c'est la seule où il y ait lieu de se demander en quelles formes l'esclave contractera; la plus simple, car la stipulation étant essentiellement unilatérale, nous n'aurons point à rechercher pour le moment si le père de famille ne devient pas jusqu'à un certain point débiteur en vertu du même fait qui le rend créancier. Du reste, je le répète, ce n'est pas seulement par des stipulations que les personnes *in potestate nostra* nous font acquérir des créances, ce peut être aussi par un autre contrat (1), et même quelquefois par un délit dont elles sont victimes (2).

Renfermons-nous, pour dégager les principes généraux, dans le cas le plus simple et le plus ordinaire, celui d'un esclave qui appartient *ex jure Quiritium* et en pleine propriété à un seul maître. J'ai déjà expliqué qu'il n'a qu'une capacité d'emprunt, ou, comme parlent les textes, qu'il stipule *ex persona domini* (Inst., pr., *De stip. serv.* — no 506). Mais cela ne veut pas dire qu'on le réduise à un rôle purement mécanique. La capacité que son maître lui communique fait de

(1) J'excepte le contrat *litteris* (no 580).

(2) Les Institutes (pr. *sup.*) et Gaius lui-même (III, § 163) paraissent exclure les délits. Mais c'est un tort. Lorsqu'on blesse injustement mon esclave ou qu'on injurie mon fils, c'est bien par eux que j'acquiers les actions *legis Aquiliæ* ou *injuriarum*. Que si un objet compris dans leur pécule vient à être volé ou dégradé, ce n'est plus véritablement à eux que je dois les actions *furti* ou *legis Aquiliæ;* car je les aurais quand même l'objet n'aurait pas fait partie de leur pécule. Cette observation peut expliquer la rédaction des Institutes et de Gaius, mais elle ne la justifie pas.

lui une véritable personne; c'est bien réellement lui qui contracte, et ce qui le prouve d'une façon décisive, c'est que, lorsqu'il s'agit d'interpréter le sens et la portée du contrat, c'est sa propre volonté qu'on recherche et non pas celle du maître (L. 12, *De contr. empt.*, XVIII, 1).

En règle générale, il stipule valablement dans l'une des quatre formes suivantes : 1° *impersonaliter*, ou, si l'on aime mieux, sans désigner celui qui doit acquérir la créance (*spondes dare centum*); 2° *sibi*, comme si lui-même devait devenir créancier (*spondes dare mihi*); 3° *nominatim domino*, c'est-à-dire qu'il nomme ou désigne son maître (*spondes Titio* ou *domino meo*); 4° *nominatim alii qui sub ejusdem potestate sit*, ici il nomme ou désigne comme créancier l'une des personnes qui se trouvent à un titre quelconque sous la même puissance que lui (Inst., § 1, *De stip. serv.* — L. 15, *De stip. serv.*, XLV, 3. — n° 520) (1). Mais il ne lui est pas permis de stipuler *nominatim* pour un *extraneus*, et cela par une conséquence de la règle qui annule les stipulations faites pour autrui (L. 30, *De stip. serv.*).

De quelque façon que l'esclave stipule, pourvu qu'il emploie une formule régulière, la créance naît, et, comme je l'ai dit, c'est au maître qu'elle est acquise. Ce principe n'est point contrarié par les Institutes (§ 2 *sup.*, *De stip. serv.*), lorsque, supposant qu'un esclave a stipulé *ut sibi ire agere liceat*, elles nous disent que lui-même pourra passer, mais lui seul et non pas son maître. En effet, quoique ce soit l'esclave qui exerce le droit de passage, le jour où il rencontrera quelque obstacle, c'est le maître qui agira *ex stipulatu*. C'est donc bien sur la tête de ce dernier que le droit réside; seulement il n'en use, il n'en retire le bénéfice que par l'intermédiaire de son esclave. Et la même particularité se représente toutes les fois que la stipulation a pour objet un fait personnel à l'individu placé *in potestate* (L. 38 § 6, *De verb. obl.*) (2). Au surplus, non seulement la créance acquise par

(1) Il y a un cas où l'emploi de ces deux dernières formes serait imprudent. Soit un esclave donné *mortis causa* par un mari à sa femme. On sait que le mari reste propriétaire, mais que si son intention a été de faire une translation de propriété immédiate, la donation une fois confirmée par son prédécès rétroagit. Si par conséquent l'esclave stipule pour le mari ou pour le fils du mari, et que la donation vienne effectivement à être confirmée, il aura stipulé pour autrui et le contrat sera nul. Il doit donc stipuler *sibi* ou *impersonaliter*. De cette façon, il fait un acte dont la validité est certaine, bien qu'on ignore pour le moment si c'est au mari ou à la femme que la créance appartiendra (L. 20, *De donat. int. vir.*, XXIV, 1. — T. I, p. 768, note 1).

(2) Pareillement, quand un esclave stipule que je lui donnerai, à son choix, ceci ou cela, c'est lui seul qui peut exercer le choix; mais c'est au maître qu'appartient l'action (L. 76 pr., *De verb. obl.*).

l'esclave entre immédiatement dans le patrimoine du maître ; mais on la répute née en sa personne et par son propre fait, comme si lui-même eût interrogé le promettant, et par là s'expliquent les décisions suivantes : 1° l'esclave peut stipuler *post mortem suam*, mais non pas *post mortem domini* (t. II, p. 275, note 3 *in fine*) ; 2° il ne peut pas stipuler la chose de son maître (n° 508) ; 3° il peut stipuler une servitude prédiale pour le fonds du maître (*Fr. Vat.*, § 56) ; 4° lorsqu'il a stipulé un usufruit, la créance s'éteint, non par sa propre mort, mais par celle du maître (n° 279) ; 5° lorsqu'il a fait une stipulation conditionnelle, la condition a beau ne s'accomplir qu'après qu'il est devenu libre ou a changé de maître, elle s'accomplit toujours au profit de celui qui avait la puissance au jour du contrat (n° 538) (1).

687 *a*. Tel est le droit commun. Mais il y a nombre de cas où l'esclave se trouve dans une situation toute spéciale. Ainsi il est dans les biens de l'un, et un autre a sur lui le *nudum jus Quiritium* ; il appartient indivisément à plusieurs ; il est compris dans une hérédité jacente ou dans le patrimoine d'un captif ; enfin il est soumis à un droit d'usage ou d'usufruit, ou possédé de bonne foi par un tiers (2). Qu'il me suffise pour tous ces cas de renvoyer aux explications déjà données relativement à l'acquisition de la propriété (n°s 295 et 299). Je les compléterai toutefois par quelques observations spéciales : 1° lorsqu'un *servus communis* stipule *nominatim* pour tous ses maîtres, on fait une distinction subtile : s'il emploie simplement cette formule *spondes dominis meis*, la créance se fractionne entre les différents maîtres conformément à la règle générale, c'est-à-dire en proportion de leurs droits respectifs sur l'esclave. Si au contraire les maîtres sont expressément désignés par leurs noms, la créance se divise par portions viriles, de sorte qu'en pareil cas nous pouvons avoir un résultat tout autre que si l'esclave eût stipulé *sibi* ou *impersonaliter* (L. 37, *De stip. serv.*) (3) ; 2° sur le *servus hereditarius*, on remarquera qu'il ne

(1) Lorsqu'au lieu d'une stipulation faite par l'esclave il s'agit d'un legs qui lui est adressé, il faut prendre absolument le contre-pied de toutes ces décisions ; car, comme je l'ai déjà dit, on considère bien la personne du maître pour savoir si l'esclave a la *factio testamenti*, mais ce n'est pas au maître que le legs est réputé laissé (T. I, p. 978, note 2. — n°s 299 et 381).

(2) Il faut se rappeler qu'en notre matière la possession d'un homme libre est assimilée à celle d'un esclave (§ 1 *sup.*, *Per quas pers.*).

(3) Il y a un cas où la stipulation faite *sibi* par le *servus communis* est nulle : c'est lorsqu'il se prend lui-même pour objet de la stipulation et que le promettant est l'un de ses maîtres. En pareil cas il doit stipuler ou *impersonaliter* ou *nomina-*

peut stipuler nominativement ni pour le défunt, ni même, dans une opinion assez générale, quoique contestée, pour l'héritier futur; car l'un a perdu sa personnalité juridique, et l'autre n'est pas encore propriétaire des choses héréditaires. Mais il peut stipuler *impersonaliter*, *sibi* ou *hereditati* (L. 18 § 2; L. 35, *De stip. serv.* — T. I, pag. 872, note 1). Du reste, la stipulation faite par un tel esclave est nulle lorsqu'elle a pour objet une servitude personnelle (L, 26, *De stip. serv.* — n° 273), et dans les autres cas son existence demeure en suspens jusqu'à l'adition d'hérédité (L. 73 § 1, *De verb. obl.*) (1); 3° quant au *servus captivi*, le retour du maître confirme toutes les stipulations qu'il a pu faire dans l'une des quatre formes précédemment indiquées. Mais lorsque le maître meurt *apud hostes*, comme on répute sa succession ouverte du jour même où il a perdu la liberté, son esclave se trouve rétroactivement changé en *servus hereditarius*, et, par conséquent, s'il a stipulé *nominatim captivo*, il a fait un acte nul; s'il a stipulé *sibi* ou *impersonaliter*, l'obligation reste en suspens jusqu'à ce qu'on sache s'il y aura ou non un héritier (L. 18 § 2, *De stip. serv*); 4° les Institutes (§ 2 *sup.*, *Per quas pers.*) se trompent lorsqu'en cette matière elles assimilent l'usager à l'usufruitier. L'un et l'autre peuvent acquérir une créance *ex re sua* par le fait de l'esclave soumis à leur droit. Mais tandis que l'usufruitier peut aussi devenir créancier *ex operis servi*, l'usager ne le peut pas. En effet dire qu'un esclave stipule *ex operis suis*, cela signifie qu'il se fait promettre une somme ou une valeur déterminée moyennant laquelle il s'engage lui-même à fournir ses *operæ;* un tel contrat rentre donc dans le louage ou y ressemble. Or on sait que l'usager doit exercer son droit lui-même et qu'il lui est interdit de louer la chose (L. 14 pr., *De us. et hab.*, VII, 8). Gaius (III, § 165) n'était pas tombé dans la confusion que les Institutes commettent ici; 5° lorsque l'esclave dont je suis usufruitier, usager, ou possesseur de bonne foi,

tim pour son autre maître. Cette stipulation, une fois exécutée, a pour conséquence de faire cesser l'indivision, l'un des copropriétaires acquérant la part de l'autre sur l'esclave (L. 2; L. 18 § 1, *De stip. serv.*). On remarquera que le *servus communis* ne peut pas stipuler *illi aut illi dominis suis*. Car quel serait le créancier? Quel l'*adjectus solutionis gratia?* C'est ce que rien n'indique (L. 9 § 1 à L. 13, *De stip. serv.*).

(1) Je rappelle qu'il y a des difficultés spéciales relativement aux stipulations qu'un esclave compris dans un pécule *castrense* aurait faites après la mort du fils de famille propriétaire et avant que l'institué eût pris parti (T. I, p. 728, note 2).

stipule *ex re mea*, et que c'est moi-même qui joue le rôle de promettant, la stipulation est nulle, car son objet l'empêche d'être acquise au propriétaire, et moi-même je ne l'acquiers pas non plus, ne pouvant devenir mon propre débiteur. La décision serait identique si le stipulant était un homme libre par moi possédé de bonne foi (L. 118 pr., *De verb. obl.*) (1).

688. Passons aux stipulations faites par les fils de famille (pr. *sup.*). Tant qu'ils demeurèrent incapables d'avoir aucune espèce de patrimoine, le droit commun fut pour eux le même que pour les esclaves (2), si ce n'est qu'on leur reconnut toujours une capacité personnelle de stipuler (n° 505). Mais c'était là une différence plutôt théorique que pratique (3). L'introduction des pécules *castrense* et *quasi castrense* leur permit d'acquérir des créances pour eux-mêmes; c'est ce qui arrivait notamment lorsqu'ils faisaient une stipulation dont la cause se rattachait à la gestion de ces pécules. La règle primitive reçut une atteinte plus considérable encore par la création et les développements successifs du pécule adventice; et dans le droit de Justinien, où ce pécule comprend en principe toutes les acquisitions faites par le fils de famille, la doctrine peut se résumer dans les propositions suivantes : 1° si la stipulation du fils de famille se rattache au pécule proprement dit ou profectice, c'est-à-dire aux biens qu'il tient

(1) Renversons les rôles, et supposons que ce soit moi qui stipule *ex re mea* de ces diverses personnes. Si le promettant est un homme libre que je possède de bonne foi, la stipulation vaut et l'oblige lui-même. Lorsqu'au contraire c'est un *servus usufructuarius*, *usuarius* ou *bona fide possessus*, il n'y a rien de fait, et le maître n'est pas tenu de *peculio;* car relativement à l'objet de la stipulation, c'est moi-même qui suis le maître. Telles sont les décisions de Papinien dans le texte que je viens de citer.

(2) Du reste, il est évident qu'on ne rencontre pas ici les diverses situations spéciales que j'ai indiquées pour les esclaves. Il n'y a pas de fils de famille *communis*, *hereditarius*, *usufructuarius*, etc. Cependant lorsque le père est captif, l'état du fils est incertain, et on ne sait pas si c'est pour lui-même ou pour son père qu'il peut acquérir des créances. Aussi la prudence lui conseille-t-elle de ne jamais stipuler *nominatim patri;* car, le père venant à mourir *apud hostes*, le contrat serait réputé n'avoir jamais existé (L. 18 § 2, *De stip. serv.*). On peut encore faire observer qu'à l'exemple de l'esclave, le fils de famille peut être possédé de bonne foi par un tiers qui le croit son esclave ; mais on sait que telle peut être aussi la situation d'une personne *sui juris*.

(3) Cependant elle a quelque réalité dans la matière de l'adstipulation (n° 558) et dans celle des injures (t. II, p. 659). On trouve aussi des cas exceptionnels où la créance acquise par le fait d'un fils de famille lui est attribuée, mais par indulgence, le jour où il devient *sui juris* (L. 12 § 6, *Mand.*, XVII, 1. — L. 46, *De her. inst.*, XXVIII, 5. — L. 47 § 1, *De fid.*, XLVI, 1).

de son père, c'est à ce dernier que la créance est acquise ; 2° si elle se rattache aux pécules *castrense* ou *quasi castrense*, elle appartient exclusivement au fils; 3° enfin, en tous autres cas elle fait partie du pécule adventice, et par conséquent le père en a bien le quasi-usufruit, mais le droit lui-même appartient au fils (1).

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

689. J'ai expliqué (n° 439 *in fine*) que les obligations, comme la propriété, résistent à l'action du temps et ne meurent pas de vieillesse. Ces deux sortes de droits, quoique fort différents en eux-mêmes, se ressemblent donc par leur perpétuité naturelle. Mais tandis que la propriété ne s'éteint que par des causes accidentelles et d'une application tout à fait rare (n° 263), c'est au contraire la destinée des créances de s'éteindre un jour ou l'autre. Et rien n'est plus fondé, rien n'est plus conforme à l'intérêt général qu'une telle différence : car si les choses n'ont d'utilité pour nous que par leur appropriation, si par conséquent la société perd à l'extinction pure et simple d'un droit de propriété, en sens inverse il faut qu'une obligation s'éteigne pour que le créancier en réalise tous les avantages, et aussi pour que le débiteur rentre dans son indépendance normale.

D'après les Institutes (III, 29), les obligations s'éteignent par le payement, la novation, l'acceptilation et le *contrarius consensus*. Les deux premiers modes s'appliquent à toute espèce d'obligations, tandis que l'acceptilation se restreint aux obligations verbales, et le *contrarius consensus* aux consensuelles. Tous, au surplus, présentent les cinq caractères suivants : 1° c'est le droit civil lui-même qui les a créés ou consacrés ; 2° ils dérivent de la volonté des parties, ou, ce qui revient au même, ils supposent une convention ; 3° ils ont pour but nécessaire et constant l'extinction d'une obligation ; 4° ils l'éteignent *ipso jure* ; 5° ils l'éteignent *erga omnes* (L. 43, *De sol.*, XLVI,

(1) Ces trois propositions nous expliquent un texte du Digeste (L. 39, *De verb. obl.*), où il est dit que le père stipulant pour son fils acquiert pour lui-même *secundum quod leges permittunt*. Probablement, c'est Justinien qui a ajouté ces derniers mots par allusion à ce que de son temps le père n'avait d'ordinaire que la jouissance de la créance. Que s'ils appartiennent à Paul, ils ont pour but d'excepter le cas où le père stipulerait *ex peculio castrensi*, stipulation qui, au moins provisoirement, demeure inefficace comme faite pour autrui.

3). — Pour le moment, je me renfermerai dans l'étude de ces quatre modes d'extinction, comme si la législation romaine n'en eût jamais connu d'autres.

DU PAYEMENT.

SOMMAIRE : I. Des conditions nécessaires à la validité du payement. — II. De quelques hypothèses particulières.

I. — DES CONDITIONS NÉCESSAIRES A LA VALIDITÉ DU PAYEMENT.

Lib. III, tit. XXIX, *Quibus modis obligatio tollitur*, pr. — Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec tamen interest quis solvat, utrum ipse qui debet, an alius pro eo; liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore, sive ignorante vel invito, solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii qui pro eo intervenerunt liberantur. Item ex contrario contingit, si fidejussor solverit, non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus (Gaius, III, § 168).

Toute obligation disparaît par le payement de la chose due, ou, si le créancier y consent, par le payement d'une autre chose. Du reste, peu importe que ce soit le débiteur lui-même qui paye ou un tiers à sa place; en effet le payement fait par un tiers, soit au su du débiteur, soit à son insu ou même contre son gré, le libère toujours. De même, le payement fait par le débiteur libère aussi ceux qui se sont engagés pour lui, et réciproquement le fidéjusseur qui paye libère le débiteur en même temps que lui-même.

690. Le payement (*solutio*) consiste à fournir la prestation qui fait l'objet de l'obligation (L. 176, *De verb. sign.*, L, 16.) (1). Déterminer à quelles conditions il sera valable, c'est rechercher qui peut le faire, qui peut le recevoir, quel en est l'objet, où et quand il peut être fait.

Quelles personnes peuvent payer. — A cette première question les Institutes (pr. *sup.*) font une réponse très simple : toute personne, même étrangère à la dette, peut la payer, le peut même à l'insu ou contre le gré du débiteur, et ce payement libère toujours tous les obligés ; car pour améliorer la condition des tiers nous n'avons pas besoin de leur consentement (L. 39, *De neg. gest.*, III, 5. — L. 40, *De sol.*, XLVI, 3).

(1) Dans un sens plus général le mot *solutio* désigne une libération quelconque (L. 54, *De sol.*, XLVI, 3), et en l'employant ainsi on ne fait que continuer la métaphore déjà signalée dans le mot *obligatio* (n° 488).

La règle qui autorise toute personne à payer a besoin d'être limitée et précisée par quelques observations : 1° les Institutes oublient de dire que, quelle que soit la personne qui paye, elle doit être capable de faire sa condition pire, sinon, le payement est nul. Quant aux conséquences de cette nullité, on les a déjà étudiées, du moins pour l'hypothèse la plus ordinaire, celle d'un payement qui consiste à donner (n° 292). Que si le payement s'applique à une obligation de faire ou de ne pas faire, les principes généraux veulent que l'incapable ait une *condictio sine causa* pour se faire indemniser, s'il y a lieu, du préjudice qu'il a subi (1) ; 2° quand on dit qu'une obligation peut être acquittée par une personne quelconque (LL. 23 et 53, *De solut.*), on s'exprime d'une manière trop absolue. Cette proposition n'est vraie que des obligations de donner. Mais à l'égard des obligations de faire, j'ai déjà dit qu'on doit consulter les circonstances pour savoir si le créancier n'a pas entendu stipuler le fait personnel du débiteur (t. II, p. 232, note 2); et quant aux obligations de ne pas faire, le bon sens indique suffisamment qu'elles ne s'exécutent que par l'abstention du débiteur lui-même (L. 49 § 2, *De verb. obl.*, XLV, 1); 3° les obligations de donner elles-mêmes ne sont valablement acquittées par un tiers qu'autant qu'il n'agit pas *suo nomine*, c'est-à-dire déterminé par une erreur. Sinon, au lieu de libérer ceux qui doivent, il oblige celui qui reçoit (L. 31 pr., *De her. pet.*, V, 3. — L. 38 § 2, *De sol.*, XLVI, 3. — n° 659) ; 4° enfin, en disant que le payement valablement fait par un tiers libère le débiteur, on entend seulement que désormais le créancier n'a plus rien à demander. Mais à moins que ce payement n'ait eu lieu ou *donandi gratia* ou contre la volonté du débiteur, celui-ci commence à être tenu envers l'auteur même de sa libération, et cela par les actions primitives, si elles ont fait l'objet d'une cession expresse ou tacite, sinon par les actions *mandati* ou *negotiorum gestorum*. La vérité est donc qu'il ne fait que changer de créancier, et que son obligation elle-même ne change pas toujours de cause.

Quelles personnes peuvent recevoir le payement. — Il y a ici deux règles à poser, et elles correspondent à deux hypothèses fort différentes : 1° si c'est au créancier lui-même que le payement est fait, on exige qu'il soit capable de rendre sa condition pire. Donc cette capacité lui faisant défaut, son action ne s'éteint pas; mais pour savoir

(1) A défaut de texte positif, l'analogie confirme cette doctrine : on a vu, en effet, que l'exécution d'un fait indu engendre la *condictio indebiti* (n° 661).

s'il peut encore en user avec succès et dans quelle mesure il le peut, on doit examiner s'il n'a pas profité du payement et quel est le montant de son profit (L. 4 § 4, *De dol. mal. et met. except.*, XLVI, 4. — n° 292); 2° que si c'est un tiers qui reçoit le payement, il faut qu'il y soit autorisé ou par le contrat lui-même, comme l'*adjectus solutionis gratia*, ou par la simple volonté du créancier, comme un mandataire, ou, enfin, par la loi, comme le sont les tuteurs et curateurs (L. 49, *De sol.*). Fait à un individu sans pouvoir, le payement n'emporte donc pas libération (L. 34 § 4, *De sol.*) (1); mais de deux choses l'une : ou il a été déterminé par une erreur, et alors la *condictio indebiti* est immédiatement acquise au *solvens* (n° 659); ou bien au contraire il a été fait en connaissance de cause, et en ce cas il peut produire après coup l'effet libératoire qu'il n'a pas eu tout d'abord, cela si le créancier en profite ou le ratifie (L. 12 § 4; L. 28, *De sol.* — L. 12, C., *De sol.*, VIII, 43) (2).

Quel doit être l'objet du payement. — Je pose ici trois règles : 1° hormis les cas où le débiteur s'est réservé en contractant une *facultas solutionis*, le payement doit avoir exactement le même objet que l'obligation, c'est-à-dire que le créancier n'est pas tenu d'accepter autre chose, dût-il n'y rien perdre ou même y gagner (L. 2 § 1, *De reb. cred.*, XII, 1. — L. 16, C., *De sol.*) (3). Si donc par erreur il a reçu comme dû ce qui ne l'était pas, son action n'est pas éteinte, et pour l'exercer avec succès, il n'aura qu'à restituer la chose reçue (L. 50, *De sol.*); 2° le payement doit être intégral,

(1) Je rappelle qu'il y a des cas exceptionnels où le payement est libératoire, quoique reçu par un mandataire ou un *servus dispensator* dont les pouvoirs ont cessé (n° 638. — LL. 18 et 23, *De sol.*).

(2) Ces deux circonstances venant à manquer, le *solvens* ne peut certainement pas *condicere quasi indebitum*, puisqu'il a payé sans erreur. Mais une *condictio sine causa* ou *ob rem dati* lui compète, si l'on suppose, comme c'est le cas ordinaire, qu'il a payé en vue d'une ratification à obtenir du créancier. Seulement on se demande s'il ne peut agir qu'une fois la ratification refusée, ou s'il le peut tout de suite et par cela seul qu'elle n'est pas encore obtenue. Les textes répondent que cela dépendra de son intention (L. 14 pr.; L. 58 pr., *De sol.*).

(3) Par exception, quoique la convention porte que le créancier sera payé en telle espèce de monnaie, il peut être tenu d'en recevoir une autre, si cela n'a rien de préjudiciable pour lui (L. 99, *De sol.*—Senec., *De benef.*, VI, 5). Une autre exception à la règle fut introduite par Justinien (Nov. IV, cap. 3). Prévoyant le cas où un emprunteur doit de l'or et ne peut pas en rendre, ce prince l'autorise à se libérer en donnant des immeubles, qui devront être choisis parmi ses meilleurs et dont la valeur sera appréciée par le juge. Cette décision est fondée sur ce que le débiteur qui n'a pas d'or et ne trouve pas à vendre ses biens pour s'en procurer, serait admis à faire une *bonorum cessio* que le créancier n'aurait pas le droit de refuser.

c'est-à-dire comprendre tout ce que le même créancier peut demander au même débiteur en vertu d'une même cause. C'est donc un payement tout à fait régulier que celui qu'un héritier fait ou reçoit pour sa seule part héréditaire (1), et ce qui le prouve bien, c'est qu'un payement plus fort pourrait donner lieu à la *condictio indebiti* (L. 25, *De sol.*). Pareillement, rien de plus régulier, quand on est tenu de plusieurs dettes distinctes envers la même personne, que d'en payer une à l'exclusion des autres. Du reste, en disant que le payement doit être intégral, on entend seulement que le créancier est libre de refuser un payement partiel (L. 41 § 1, *De usur.*, XXII, 1) (2); mais, s'il l'accepte, la dette s'éteint évidemment jusqu'à concurrence de la quantité payée (3); 3° lorsqu'il s'agit d'une obligation de donner, le payement doit être translatif de propriété, et en conséquence on n'exige pas seulement que celui qui paye ait la capacité générale de faire sa condition pire, on veut que la chose payée lui appartienne (4), sinon, le payement n'est point libératoire par lui-même; mais il le devient si plus tard le créancier usucape la chose, ou si de bonne foi il consomme les deniers reçus ou les confond avec les siens de telle manière qu'on ne les puisse plus reconnaître (LL. 60 et 78, *De sol.* — L. 19 § 1, *De reb. cred.*, XII, 1) (5).

(1) Je suppose évidemment l'obligation divisible (nos 515 et s.),

(2) Cependant, lorsque les parties sont *in jure*, et que le débiteur offre un payement partiel, le magistrat ne délivre l'action que pour le surplus, et en ce sens le créancier est obligé de recevoir ce qui lui est offert (L. 21, *De reb. cred.*, XII, 1).

(3) Voici deux ordres d'hypothèses où cette libération partielle ne s'opère que sous condition : 1° je dois un esclave *in genere*. Si je donne à mon créancier la moitié indivise de Stichus, je ne me libère pour partie que sous la condition de donner ultérieurement l'autre moitié indivise de ce même Stichus. Donc le créancier reste admissible à me demander d'une manière générale un esclave, et moi-même je puis, en lui en donnant un autre, répéter le droit indivis que je lui ai transféré sur Stichus (L. 9 § 1, *De sol.*). La même décision s'applique à toutes les obligations de genre, excepté à celles dont on dit qu'elles se divisent *numero* (n° 517); 2° soit une obligation alternative, par exemple je dois à mon choix dix sous d'or ou Stichus. En donnant cinq sous d'or, je ne me libère partiellement que sous la condition de donner encore cinq sous d'or. La position faite au débiteur et au créancier par ce payement partiel est donc tout à fait la même que dans l'espèce précédente, ainsi que je l'ai déjà expliqué (n° 543). — C'est à ces deux ordres d'hypothèses que Paul fait allusion lorsqu'il dit que certaines obligations, quoique divisibles, ne peuvent être acquittées pour partie (L. 2 § 1; L. 85 pr. et § 4, *De verb. obl.*).

(4) Je n'ai point à examiner ici dans quel état la chose doit être livrée, ni si le transport d'un droit de propriété démembré par des droits réels constitue un payement valable. Ces questions peuvent se rattacher soit à la théorie des fautes (nos 662 et s.), soit à celle de l'action *de dolo* (n° 839).

(5) Lorsque c'est de mauvaise foi que le créancier a consommé ou confondu les

Où et quand le payement doit se faire. — Sur ces deux questions les conventions expresses ou tacites des parties sont absolument souveraines. Quant à l'époque du payement, je me borne à rappeler que fait avant terme il n'est pas toujours valable (n° 529), et que fait *pendente conditione* il ne peut valoir comme payement que par l'arrivée de la condition (n° 537). Quant au lieu du payement, il se détermine, pour les corps certains, par le lieu même où ceux-ci se trouvaient au jour de la naissance de l'obligation, et pour les choses *in genere*, par le domicile du débiteur. (L. 3 § 4, *De act. empt.*, XIX, 1. — L. 47 pr., *De leg.* 1°, XXX).

II. — DE QUELQUES HYPOTHÈSES PARTICULIÈRES.

691. Je m'occuperai successivement des offres et du dépôt de la chose due, de la *datio in solutum*, et de l'imputation des payements.

A. *Première hypothèse.* — Il peut arriver que le créancier refuse de se laisser payer. En fait cela suppose qu'à tort ou à raison il allègue l'irrégularité des offres qui lui sont faites. Or de deux choses l'une : ou cette irrégularité est réelle, et alors le créancier ne fait qu'user de son droit ; ou elle ne l'est pas, et ici le débiteur va pouvoir se libérer moyennant l'observation de certaines formalités. D'abord il doit, en présence de témoins, offrir au créancier tout ce qui lui est dû, le lui offrir dans des conditions telles que rien ne manque pour rendre le payement valable (1). Puis il doit, si les offres ainsi faites ne sont point acceptées, déposer la chose ou la somme en un lieu public, ou plus précisément dans un endroit que le magistrat désigne, le plus souvent dans un temple (2). Ces formalités accomplies, la libération en résulte comme d'un payement (3). C'est assez dire que le cours des intérêts s'arrête (4), que le débiteur est déchargé de la garde ou

deniers, il reste tenu envers le propriétaire comme le serait en ces cas un emprunteur (n° 588), et par conséquent le payement ne devient pas libératoire.

(1) En l'absence du créancier, le débiteur s'adresse au magistrat, qui le dispense de faire des offres et ordonne directement le dépôt (L. 6, C., *De us.*, IV, 32. — L. 73, *De proc.*, III, 3).

(2) Cette procédure était déjà usitée à l'époque de Cicéron (*Epist. ad div.*, VI, 1. — *Ad Att.*, XIII, 56).

(3) Aussi lorsque c'est un fidéjusseur qui a fait les offres et le dépôt, il peut immédiatement exercer son recours (L. 56 § 1, *Mand.*, XVII, 1).

(4) On a quelquefois prétendu que les offres suffisent à arrêter les intérêts. Cette doctrine, quoique fausse en principe (L. 28 § 1, *De adm. et per. tut.*, XXVI, 7),

du risque de la chose (1), que les hypothèques et les autres garanties accessoires disparaissent et que le créancier n'a plus d'action que contre le dépositaire. Une seule réserve doit être faite : c'est que le débiteur reste libre de retirer le dépôt tant que le créancier ne l'a pas accepté, et alors les intérêts conventionnels recommencent à courir (2) ; mais il est probable que les effets de la libération demeurent acquis aux tiers (L. 1 § 36, *Dep.*, XVI, 1. — L. 41 § 1, *De us.*, XXII, 1. — L. 19, C., *De us.*, IV, 32. — L. 9, C., *De sol.*).

Seconde hypothèse. — Quoique le créancier puisse toujours dans la rigueur du droit exiger la chose due elle-même, rien ne l'empêche d'en accepter une autre, et alors l'opération, au lieu de s'appeler payement, s'appelle *datio in solutum*. Sur cette matière deux questions divisèrent les jurisconsultes : 1° supposons d'abord une *datio in solutum* qui, abstraction faite de son objet, satisfasse à toutes les conditions requises pour la validité du payement. Sans nul doute le créancier ne peut plus exiger l'exécution directe de l'obligation, car il est désintéressé. Mais son action est-elle éteinte de plein droit, ou n'est-elle que paralysée à l'aide d'une exception *doli mali?* Gaius (III, § 168) nous apprend que les Sabiniens professaient la première opinion, et les Proculiens la seconde. Or assurément, l'opinion Proculienne était plus conforme à la vérité ; car, si nous analysons la *datio in solutum*, qu'y trouvons-nous? d'abord une translation de propriété qui n'était pas due, puis, quant à la dette elle-même, un pacte de remise ; or la règle est que les pactes n'éteignent pas les obligations *ipso jure*. En ce qui concerne l'intérêt pratique de cette divergence, pour le faire apparaître demandons-nous si le débiteur poursuivi aurait

contient une parcelle de vérité. En effet, dans une action de bonne foi il peut arriver que l'obligation aux intérêts n'ait pas d'autre cause que la demeure, et alors, comme les offres purgent la demeure, elles font cesser le cours des intérêts. Du reste il va de soi que le dépôt non précédé d'une offre ne peut pas avoir plus d'effet que l'offre non suivie d'un dépôt, et par conséquent laisse courir les intérêts (L. 2, C., *De usur.*).

(1) Je dis de la garde ou du risque par allusion à deux hypothèses différentes. Soit d'abord une dette de corps certain : ici le débiteur n'est déchargé que de la garde de la chose ; en effet, ou il était en demeure avant les offres, ou il ne l'était pas : au premier cas, les offres ont suffi pour purger sa demeure et le soustraire aux risques ; au second cas, les risques n'ont jamais été à sa charge. Soit maintenant une dette de genre : ici les risques ont toujours incombé au débiteur, et les offres n'ont pas pu l'y dérober (L. 102 pr., *De sol.*). Il n'y échappe donc que par le dépôt.

(2) Quant aux intérêts moratoires, ils ne peuvent recommencer à courir qu'autant que la demeure, purgée par les offres, recommence elle-même (L. 7, *De us.*, XXI, 1).

besoin de faire insérer son moyen de défense dans la formule, et si les parties ne pourraient pas, à l'aide d'un pacte, rendre son énergie à la dette primitive? A ces deux questions les Sabiniens devaient répondre non, et les Proculiens oui. Les Institutes (pr., *Quib. mod. obl. toll.*) reproduisent la doctrine sabinienne déjà adoptée par un rescrit de Dioclétien qui reconnaît à la *datio in solutum* la même force qu'au payement fait par un tiers (L. 17, C., *De sol.*) ; 2° lorsqu'une éviction dépouille le créancier de la chose reçue en payement, tout le monde l'autorise à recourir contre le débiteur. Mais par quelle action ce recours doit-il s'exercer? D'après Marcien (L. 46 pr. et § 1, *De sol.*), c'est par les actions mêmes que la *datio in solutum* se proposait d'éteindre; car elle n'a pas pu produire plus d'effets que le payement même de la chose due, or ce payement n'éteint la dette qu'autant que le créancier est assuré contre toute chance d'éviction (L. 26, *De sol.*). Ulpien (L. 24 pr., *De pign. act.*, XIII, 7), au contraire, veut que le recours s'exerce par une action utile *ex empto*, comme si le créancier avait acheté la chose pour un prix égal au montant même de sa créance. Au fond, et l'étiquette de l'action mise à part, deux intérêts considérables sont engagés dans cette controverse. En effet, si, comme le veut Marcien, le créancier évincé conserve exactement sa situation originaire, le chiffre de sa créance n'a point varié et les garanties personnelles ou réelles qui la protégeaient au début la protègent encore; tandis que si nous le considérons comme transformé en acheteur, le montant de sa créance se déterminera par la valeur de la chose au jour de l'éviction, quelque forte ou quelque faible qu'elle puisse être, et cette créance sera nécessairement dépourvue de toutes garanties accessoires : par où l'on voit que la doctrine d'Ulpien donne plus de sécurité aux tiers que celle de Marcien, mais que pour le débiteur lui-même elle est tantôt plus onéreuse, tantôt plus favorable. Du reste il est d'autant plus difficile de savoir laquelle a prévalu, que l'une et l'autre se retrouvent au Code (L. 8, C., *De sent. et int.*, VII, 45, — L. 17, C., *De sol.*, VIII, 44. — L. 4, *De evict.*, C., VIII, 45) (1).

(1) Ici comme ailleurs les chercheurs de conciliations se sont donné libre carrière. Les uns veulent que le créancier puisse dans chaque cas choisir celle des deux doctrines qui lui est la plus avantageuse. D'autres, avec plus de finesse et de vraisemblance, proposent une distinction : si la *datio in solutum* s'applique à une dette d'argent, le créancier évincé serait un acheteur et agirait comme tel ; hors ce cas il n'y aurait rien de changé à sa situation antérieure. Une telle doctrine est à coup sûr très raisonnable en elle-même, et l'on remarque qu'elle cadre fort bien

A. *Troisième hypothèse.* — Supposons une même personne tenue envers le même créancier de plusieurs dettes absolument semblables par leur objet; par exemple ce sont des dettes d'argent. Si le débiteur fait un payement insuffisant pour les éteindre toutes, il a le droit d'exprimer quelle est celle qu'il entend acquitter, et dans son silence le créancier a le même droit (1). Mais l'un et l'autre n'ayant rien dit, comment se fait l'imputation? A cet égard les textes posent quelques règles assez simples : 1° étant donné une dette qui se décompose en capital et intérêts, les intérêts sont toujours réputés payés avant le capital (2); 2° étant donné plusieurs dettes, le payement s'impute sur

avec deux textes qui donnent lieu à la controverse (L. 46 pr., *De sol.* — L. 17, C., *De sol.*) et avec un troisième encore (L. 26 § 4, *De cond. ind.*, XII, 6); le malheur est qu'une décision de Paul la contredit assez clairement (L. 98 pr., *De sol.*). Depuis la découverte des commentaires de Gaius, une nouvelle opinion s'est produite : au lieu de nier la divergence d'Ulpien et de Marcien, on a essayé de la rattacher à la controverse des Proculiens et des Sabiniens sur l'effet extinctif de la *datio in solutum*. D'après les Sabiniens, cette *datio* éteint la dette *ipso jure*, mais c'est à la condition d'être translative de propriété; sinon, il n'y a rien de fait. De là, dit-on, la doctrine de Marcien. Au contraire, d'après les Proculiens la *datio in solutum* n'engendre qu'une exception, mais elle l'engendrerait toujours; et de là, dit-on, l'action *utilis empti* donnée au créancier par ceux qui ne veulent pas que l'éviction l'autorise à reprendre son ancienne action. S'il faut exprimer mon avis, je goûte peu cette explication. Car elle revient à dire que les Proculiens donneraient moins de force que les Sabiniens à la *datio in solutum* lorsqu'elle est translative de propriété, et lui en donneraient davantage lorsqu'elle ne l'est pas. Voilà une première bizarrerie, en voici une seconde : les Proculiens, comme on l'a vu (n° 603), n'admettaient pas qu'un prix de vente consistât jamais en autre chose que de l'argent, or tel est pourtant le résultat où conduit la doctrine d'Ulpien, et on voudrait que ce fût là une doctrine spécialement proculienne ! Cela est d'autant plus difficile à accepter qu'Ulpien paraît avoir admis d'une manière générale, à l'exemple des Sabiniens, que les obligations s'éteignent *ipso jure* par la *datio in solutum* (L. 26 § 4, *De cond. ind.* — L. 1, § 5, *De pec. const.*, XIII, 5). Quant à moi, j'aime mieux croire à l'indépendance respective des deux controverses. La doctrine de Marcien me paraît plus conforme à l'exactitude des principes; et celle d'Ulpien me paraît avoir été déterminée par l'intérêt des tiers, qui, voyant une *datio in solutum* acceptée par le créancier, doivent naturellement penser qu'il n'a pas agi à la légère et que toute sécurité leur est désormais acquise.

(1) Toutefois le créancier n'a pas ici la même liberté que le débiteur; et les extes portent qu'il ne peut pas faire un choix contraire aux intérêts du débiteur, ce qui revient à dire qu'il doit observer deux des règles que je vais poser, savoir, la seconde et la troisième (LL. 1, 2, 3 pr., *De sol.*).

(2) Le débiteur peut proposer une imputation contraire (L. 102 § 1, *De sol.*). Mais le créancier n'est certainement pas tenu de l'accepter. Au surplus je raisonne sur des intérêts dus civilement. Si en effet les intérêts ne font l'objet que d'une obligation naturelle, la règle est que sans une convention expresse on ne peut pas les réputer payés de préférence au capital. Mais cette règle fléchit dans le cas où la dette est garantie par un gage ou une hypothèque : ici le prix de la chose

celle qui est échue, de préférence à celle qui ne l'est pas; 3° entre dettes pareillement exigibles, c'est la plus onéreuse qu'on répute payée, par exemple celle que le débiteur doit supporter plutôt que celle dont il est tenu pour autrui, celle qu'il a fait cautionner par un tiers plutôt que celle dont il est seul tenu, et de même celle qui aboutit à une action infamante ou qui double en cas d'*infitiatio* plutôt que celle qui n'a pas de telles conséquences (1). Il résulte de cette règle que les obligations naturelles seront toujours réputées payées les dernières (L. 94 § 3, *De sol.*); 4° enfin entre dettes également onéreuses, on fait l'imputation sur celle qui est née la première, et si elles remontent à la même date, on la fait sur toutes proportionnellement (LL. 1 à 8; L. 103, *De sol.* — L. 1, C., *De sol.*)

DE LA NOVATION.

SOMMAIRE : I. De la forme et des conditions de la novation dans le droit ancien. — II. De l'élément nouveau qu'elle suppose. — III. Des conditions de la novation dans le dernier état du droit. — IV. De ses effets. De la capacité qu'elle requiert. — V. De la délégation.

I. — DE LA FORME ET DES CONDITIONS DE LA NOVATION DANS LE DROIT ANCIEN.

Lib. III, tit. XXIX, *Quibus modis obligatio tollitur*, § 3. — Præterea novatione tollitur obligatio, veluti si id quod tu Seio debeas, à Titio dari stipulatus sit; nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur, veluti si id quod tu Titio debebas, a

Une obligation s'éteint encore par la novation, par exemple si ce que vous devez à Séius il le stipule de Titius, car l'intervention d'une nouvelle personne fait naître une nouvelle obligation, et le contenu de la première passe dans la suivante, à tel point que parfois, quoique celle-ci soit nulle, la première est néanmoins éteinte par l'effet de la novation; c'est ce qui arrive lorsque Titius

grevée est d'abord affecté au payement des intérêts, même de ceux qui ne sont dus que naturellement (L. 5 § 2, *De sol.*, XLVI, 3. — L. 21, C., *De usur.*, IV, 32).

(1) L'application de la règle peut être délicate, lorsque l'on est en présence de plusieurs dettes dont chacune est plus onéreuse que les autres selon le point de vue où l'on se place. A cet égard, Papinien (L. 97, *De sol.*) constate que l'usage était de faire passer en première ligne les dettes infamantes, puis celles qui avaient pour objet une peine, ensuite celles qui étaient garanties par un gage ou une hypothèque. Mais sur ce dernier point Marcellus le contredit : il tient la dette garantie par un fidéjusseur pour plus onéreuse que la dette hypothécaire (L. 73, *De sol.*). Au surplus, d'autres hypothèses peuvent se présenter : par exemple, une dette a été contractée *sub pœna*, une autre est de celles que l'*infitiatio* élèverait au double. Il faudra toujours examiner quelle est celle qui, tout pesé, risque le plus d'appauvrir le débiteur.

pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit. Quo casu res amittitur; nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est. Non idem juris est, si a servo quis fuerit stipulatus; nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset (Gaius, III, § 176).

votre créancier a stipulé ce que vous lui deviez d'un pupille non autorisé par son tuteur. En ce cas il perd sa créance; car le premier débiteur est libéré, et la nouvelle obligation est nulle. Mais la règle n'est plus la même quand on stipule d'un esclave; ici en effet le premier débiteur reste tenu comme s'il n'y avait pas eu de stipulation subséquente.

692. Le mot novation éveille tout d'abord l'idée de quelque chose qui se transforme et se renouvelle. Éteindre une obligation antérieure et à la place en créer une nouvelle, voilà donc le but et le résultat de la novation. Mais qui s'arrêterait là en donnerait une idée beaucoup trop large. Ainsi nous avons vu des dettes d'argent se convertir en obligations *litteris* (n° 578), un mandataire se transformer en emprunteur (n° 587), et l'acceptilation elle-même obliger le débiteur lorsqu'elle est faite *ob rem* (n° 548). Or dans ces hypothèses et dans bien d'autres semblables, que veulent et qu'obtiennent les parties? Précisément la substitution d'une obligation à une autre. Et cependant l'opération qu'elles font ne porte pas le nom de novation. C'est qu'en effet on ne nove que par un procédé déterminé, par la stipulation. Aussi en disant tout à l'heure (n° 689) que la novation s'applique à toute espèce d'obligations, je l'envisageais seulement dans son effet extinctif, car il n'y a pas d'obligations qu'elle ne puisse faire disparaître (L. 1, § 1; L. 2, *De nov.*, XLVI, 2); mais à la considérer comme cause d'obligation nouvelle, ou, ce qui revient au même, dans sa forme, elle n'est plus qu'une application particulière du contrat *verbis* (1). Du reste la stipulation faite *novandi causa*

(1) Pourquoi donc, de toutes les conventions qui mettent une obligation à la place d'une autre, la stipulation est-elle la seule que les Romains appellent novation, ou, afin de mieux poser la question, pourquoi est-ce la seule qu'ils classent parmi les modes d'éteindre les obligations? Cela tient à ce qu'elle est la seule où cet effet extinctif s'opère comme conséquence de la création d'une autre obligation. Qu'il y ait là deux résultats fort distincts, cela est évident; mais l'analyse a beau les séparer, la vérité est néanmoins que sans le second le premier ne pourrait pas se produire en la même forme, car il n'y a pas de stipulation purement extinctive. Tout au contraire, dans les autres hypothèses que je rappelais tout à l'heure, la forme employée pour détruire l'obligation ancienne pourrait atteindre ce but sans qu'aucune obligation nouvelle naquît. Soit par exemple un contrat *litteris* composé, comme on le sait, d'un payement et d'un prêt l'un et l'autre fictifs; c'est la fiction

n'intervient pas nécessairement entre les personnes mêmes qui étaient parties dans l'obligation primitive. Il se peut qu'un nouveau créancier stipule du même débiteur, qu'un nouveau débiteur promette au même créancier, ou qu'il y ait tout ensemble changement de créancier et de débiteur (1).

Dans tous les cas cinq conditions sont nécessaires pour que la novation s'opère.

Première condition. — Il faut que la stipulation ait exactement le même objet que l'obligation à éteindre (2). Cette règle, que bien des auteurs modernes ont niée ou n'ont pas même soupçonnée, ressort de tous les exemples donnés par Gaius (III, §§ 176 à 179) et du silence très significatif qu'il garde sur la possibilité de changer l'objet dû. Elle résulte également de la définition insérée au Digeste : la novation consiste, dit Ulpien, à faire passer dans une obligation nouvelle le contenu d'une obligation antérieure (L. 1 pr., *De nov.*). Plus formellement encore, Julien pose en principe que l'objet d'une stipulation faite pour nover doit être identique à l'objet d'un payement qui voudrait être libératoire (L. 56 § 7, *De verb. obl.*) (3), et Paul rapporte qu'on hésitait à admettre la possibilité d'une novation dans le cas où la

de payement qui emporte l'effet extinctif, et sans doute elle n'implique pas par elle-même la fiction d'un prêt. De même, quand le mandat devient *mutuum*, c'est qu'on sous-entend deux traditions dont l'une est censée faite par le mandataire au mandant, et l'autre par le mandant au mandataire ; or c'est la première seule qui est extinctive, et elle pourrait très bien se faire dans la seconde. Enfin, et plus évidemment encore, l'acceptilation n'a pas besoin d'être faite *ob rem* pour être libératoire. En résumé donc, nous trouvons dans toutes ces espèces deux actes parfaitement séparables que les parties combinent pour en former un seul tout, tandis que la stipulation, quoique tendant ici à une double fin, constitue toujours un acte unique et indivisible.

(1) Dans tous les cas le nouveau débiteur s'appelle *expromissor* (qui promet à la place d'un autre). C'est à tort que quelques interprètes ne lui appliquent cette dénomination que dans le cas où il s'engage spontanément (L. 10, *De pign. act.*, XIII, 7. — L. 8 § 8, *Ad sc. t. Vell.*, XVI, 1). — Du reste on trouve le mot *expromissor* désignant celui qui nove sa propre obligation (L. 7 § 8, *De dol. mal.*, IV, 3) celui qui cautionne une simple obligation naturelle (L. 13 pr., *Ad sc. t. Vell.*) et celui qui défend en justice *alieno nomine* (L. 110 § 1, *De reg. jur.*, L, 17.)

(2) Ce caractère contribua dans le principe à séparer profondément la novation de la *litis contestatio*, qui d'ailleurs y ressemble beaucoup par l'indivisibilité de son effet extinctif et de son effet obligatoire (n° 770).

(3) De ce principe Julien conclut qu'il n'y a pas de novation là où la nouvelle stipulation ne s'applique pas à tout l'objet de l'obligation antérieure. C'est ce qu'il constate en un autre texte (L. 58, *De verb. obl.*) où l'on devra considérer le membre de phrase qui commence par les mots *nisi in omnibus* comme ayant été ajouté par Justinien. Car ce prince décida que l'on pourrait en novant diminuer la quantité due (n° 695. — T. II, p. 712, note 3).

chose due avait péri *post moram aut facto debitoris*, et pourquoi cela? Parce que, nous dit-il, on ne peut stipuler ni la chose due qui n'existe plus, ni une somme d'argent qui ne serait pas la chose due (L. 91 § 6, *De verb. obl.*) (1). Enfin, ce qui confirme cette doctrine, c'est qu'on ne peut l'écarter sans rendre certaines décisions tout à fait inintelligibles. Je n'en citerai qu'une seule. Lorsque j'ai stipulé l'usufruit d'un fonds et que le débiteur par moi délégué à Primus lui promet l'usufruit du même fonds, aucune novation ne s'opère, mais la première obligation subsiste à côté de la seconde (L. 4, *De nov.*). Une telle doctrine ne serait que subtilité pure, si l'on ne partait de cette idée exacte que deux personnes, quoique stipulant l'usufruit de la même chose, ne stipulent pas le même usufruit (2). Du reste le jurisconsulte ajoute que néanmoins l'intention des parties sera respectée, et qu'en conséquence, ni du vivant de Primus ni après sa mort, je ne pourrais poursuivre mon débiteur sans me heurter à une exception *doli mali* ou *in factum*, et cette décision doit être étendue à tous les cas où la stipulation réussit à créer une nouvelle obligation et ne réussit pas, faute d'identité d'objet, à détruire la précédente (3).

Seconde condition. — La stipulation doit être conçue dans la formule déterminée par la loi elle-même. Il est vrai qu'aucun texte classique n'exprime d'une manière positive qu'il y eût ici une formule légale. Mais il y en avait une pour la corréalité active, une pour la corréalité passive, une pour l'*adstipulatio*, une pour chaque espèce d'*adpromissio*; l'analogie ne permet donc pas le moindre doute. Au surplus, n'est-ce pas à quoi Justinien (L. 8, C., *De nov.*, VIII, 41), fait allusion en disant qu'autrefois on novait *lege?* La novation étant un acte volontaire, un tel langage ne peut signifier qu'une chose :

(1) Le même texte nous apprend que dans l'espèce prévue l'acceptilation et la fidéjussion restaient possibles sans difficulté. En effet, la chose qui a péri par le fait ou après la demeure du débiteur est réputée subsister encore comme objet dû; or c'est à cet objet lui-même que s'appliquent et l'acceptilation et la fidéjussion. Au contraire, lorsqu'il s'agit de nover, la difficulté tient à ce que cette chose ne peut plus être l'objet d'une obligation nouvelle. Cependant Paul admet la possibilité d'une novation, et en ce sens il cite l'opinion conforme de Julien. Ailleurs il constate que c'est la chose détruite elle-même, et non sa valeur, qui fera l'objet de la stipulation *novandi causa* (L. 83 § 7, *De verb. obl.*).

(2) Voir une application de la même idée en matière de corréalité active (t. II, p. 321).

(3) J'explique ainsi une constitution de Dioclétien où il est dit que celui qui a prêté de l'argent, puis stipulé du vin à la place, ne peut plus se repentir et demander de l'argent (L. 10, C., *Si cert. pet.*, IV, 2).

c'est qu'il y avait une formule déterminée qui toujours, mais qui seule était censée exprimer la volonté de nover. De telle sorte qu'employée imprudemment sans aucune intention de nover, cette formule novait néanmoins, et qu'en dehors d'elle la volonté de nover la mieux manifestée n'aboutissait pas. Maintenant quelle en était au juste la teneur? Plusieurs textes, et en particulier ceux de Gaius, nous permettent de le deviner. Il est probable qu'elle était ainsi conçue : *quod* ou *quidquid ex illa causa tu mihi debes, tu Titio debes, Titius mihi debet, id spondesne* (1). De telles paroles marquent assez clairement l'intention d'absorber une obligation dans une autre; donc si les parties restent les mêmes, on voit tout de suite qu'elles n'ont pas voulu faire coexister deux obligations portant sur le même objet, et s'il y a intervention d'un nouveau créancier ou d'un nouveau débiteur, on voit que l'un n'a pas entendu devenir *correus stipulandi* ou *adstipulator*, ni le second *correus promittendi* ou *adpromissor* (2).

Troisième condition. — La stipulation *novandi causa* doit contenir quelque chose de nouveau, c'est-à-dire que l'obligation qu'elle crée, identique à l'ancienne par son objet, doit en différer par quelque autre de ses éléments essentiels. Cette condition, à raison de l'importance et des difficultés qu'elle présente, fera l'objet d'explications séparées (n° 693).

Quatrième condition. — Il faut que la stipulation faite *novandi causa* donne naissance à une créance, et que cette créance soit bien réputée naître *ex stipulatu*. Il y a là deux propositions distinctes. Il faut d'abord qu'une nouvelle créance naisse, sans quoi l'extinction de la précédente n'aurait aucune cause. Et ainsi s'explique pourquoi une stipulation conditionnelle n'opère novation qu'autant que la condition se réalise (n° 693). Du reste la naissance d'une obligation naturelle suffit (L. 1 § 1, *De nov.*), et par conséquent lorsque je stipule d'un pupille non autorisé ce qui m'est dû par Primus, il y a novation, ce qui revient à dire que je perds mon action contre Primus sans en

(1) Ce qu'il y a de sacramentel dans ces formules, c'est l'expression de l'existence et de l'objet d'une dette antérieure. Mais évidemment au lieu de *quod debes*, on peut dire *quod promisisti, quod te dare facere oportet* (L. 8 § 4; LL. 27 et 32, *De nov.*).

(2) Du reste il va de soi qu'une seule stipulation suffit à nover plusieurs obligations, soit qu'elles grèvent un même débiteur ou plusieurs (L. 34 § 2, *De nov.*). Mais nove-t-on par une stipulation ainsi conçue *quod ille aut ille debet dare spondes?* Il y avait à cet égard une controverse assez peu intéressante pour que je me borne à l'indiquer (L. 8 § 4; LL. 26 et 32, *De nov.*).

acquérir aucune contre le pupille (§ 3 *sup.* — Gaius, III, § 176). Mais de plus, ai-je dit, il faut que la nouvelle créance soit bien réputée naître *ex stipulatu;* et c'est pourquoi ni la promesse faite par un pérégrin ou à un pérégrin dans la formule *spondes, spondeo,* ni la promesse d'un esclave, quelle que soit la formule employée, n'opèrent novation; car de telles promesses ne valent qu'à titre de pactes (Gaius, III, §§ 176 et 179. — n°s 497 et 506) (1).

Cinquième condition. — Enfin comme ce qui n'existe pas ne saurait cesser d'exister, il faut, et c'est ce que j'ai toujours supposé, qu'il y ait réellement une dette à éteindre (2). Si donc il n'y en a pas, par la force des choses aucune novation ne se produit. Mais cela veut-il dire que la stipulation *novandi causa* n'engendre jamais d'obligation et par conséquent reste toujours inutile? Pour répondre à cette question qu'aucun texte ne résout d'une façon générale, je crois nécessaire de rappeler deux principes déjà connus : l'un, c'est qu'il n'y a pas d'obligation qui se forme sans un objet nettement déterminé; l'autre, c'est que la cause d'une obligation verbale ne doit pas être cherchée en dehors de la formule même qui lui donne naissance. De ces deux principes découle la distinction suivante : si l'on a simplement stipulé *id quod debetur,* la stipulation est nulle faute d'objet. Si au contraire la formule employée désigne l'objet dû, si par exemple on a stipulé *fundum qui debetur, centum quæ debentur,* une

(1) Gaius (III, § 179) nous apprend que d'après Servius Sulpicius la promesse faite par un esclave emportait novation. Bien que cette opinion n'ait point été admise, la pratique consacra dans certains cas le résultat final auquel elle conduisait. Nous trouvons, en effet, dans un texte de Gaius lui-même, la distinction suivante : si la promesse de l'esclave intéresse le pécule, si par conséquent elle ne contient pas une véritable *intercessio* et engendre contre le maître l'action *de peculio,* l'ancien débiteur est désormais investi d'une exception *pacti conventi;* car le stipulant est réputé avoir voulu remplacer son ancienne action par l'action *de peculio.* Si au contraire la promesse de l'esclave est étrangère au pécule, rien n'est changé à la situation antérieure. Toutefois cette distinction suppose que le stipulant a connu la condition de l'esclave. S'il l'a ignorée, son ancienne action conserve toujours son efficacité (L. 30 § 1, *De pact.*, II, 14).

(2) On ne conclura pas de là qu'une stipulation *novandi causa* ne puisse s'appliquer à une dette future. Ainsi je stipule de vous *id quod Titio credidero, id quod a Titio stipulatus fuero :* si je ne contracte pas avec Titius, il n'y aura absolument rien de fait; si au contraire je contracte avec lui, la novation s'accomplira, et c'est vous qui serez mon débiteur (L. 8 § 2, *De nov.*). Mais alors, dira-t-on, pourquoi donc ne pas traiter tout droit avec vous et avec vous seul? On peut supposer que Titius est votre mandataire et que vous devez vous absenter; or dans cette situation c'est avec Titius lui-même que je devrai contracter, et cependant c'est vous que je veux avoir pour débiteur. On voit que par la promesse que vous me faites d'avance *novandi causa,* j'arrive sans difficulté à ce résultat.

obligation se forme comme si la stipulation portait simplement *fundum* ou *centum*. Sans doute, à ne tenir compte que de la volonté des parties, on déciderait, même en cette seconde hypothèse, qu'elles n'ont rien fait. Mais tel n'est certainement pas le point de vue des Romains : ils se contentent de dire que si l'auteur de la nouvelle promesse a été dans l'erreur, on lui donnera, selon les cas, une exception ou une *condictio* contre celui dont il a eu le tort de se croire débiteur (Inst., § 1, *De exc.*, IV, 13. — L. 31, *De cond. ind.*, XII, 6. — L. 13, *De nov.*) (1).

II. — DE L'ÉLÉMENT NOUVEAU QUE LA NOVATION SUPPOSE.

Lib. III, tit. XXIX, *Quibus modis obligatio tollitur*, § 3, suite. — Sed si eadem persona sit a qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si conditio, aut dies, aut fidejussor adjiciatur vel detrahatur. Quod autem diximus si conditio adjiciatur novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem si conditio extiterit : alioquin, si defecerit, durat prior obligatio (Gaius, III, §§ 177 et 178).

Mais lorsque le débiteur avec qui vous faites la seconde stipulation reste le même, il n'y a novation qu'autant que cette stipulation contient quelque chose de nouveau, par exemple si vous ajoutez ou supprimez une condition, un terme ou un fidéjusseur. Mais quand nous disons qu'une condition ajoutée entraîne novation, nous l'entendons en ce sens que la novation s'opère si la condition se réalise; autrement, si elle vient à défaillir, la première obligation subsiste.

693. L'existence d'un élément nouveau est évidente lorsqu'il y a changement de créancier ou de débiteur. Mais en quoi doit-il consister quand les parties restent les mêmes? On remarquera que cette hypothèse est la seule où l'élément nouveau soit spécialement exigé par les textes, et cela parce qu'elle est aussi la seule où il ne se rencontre pas par la force des choses (§ 3 *sup.* — Gaius, III, § 177). Du reste, les modifications qui entre les mêmes parties suffisent à opérer

(1) La question se ramenant donc tout entière à rechercher si la stipulation *novandi causa* a un objet, il en résulte comme conséquence évidente que, nonobstant l'emploi de la formule vague *id quod debetur*, la nouvelle obligation naît toutes les fois que la première avait une existence conditionnelle, ou que, existant *ipso jure*, elle était seulement paralysée par une exception. Les textes sont formels en ce sens (L. 12; L. 14 § 1; L. 19, *De nov.*), et en effet dans ces deux cas rien n'est plus aisé que déterminer l'objet stipulé.

novation peuvent évidemment concourir avec le changement de débiteur ou de créancier, et alors il y a une raison de plus pour reconnaître une novation. Ces modifications, celles du moins sur lesquelles les jurisconsultes classiques paraissent avoir été d'accord, sont les suivantes :

1° *Changement de cause.* — On suppose ici que l'obligation à éteindre ne dérive pas d'une stipulation. Cela étant, puisqu'on ne nove jamais sans stipuler, la nouvelle dette différera nécessairement de la précédente par sa cause, et il y aura novation (L. 24, *De pec. const.*, XIII, 5) (1).

2° *Adjectio diei* (Gaius, III, § 177). — Pour mieux comprendre cette hypothèse et les suivantes, nous supposerons que l'obligation à éteindre résulte elle-même d'une stipulation. Ici le but du créancier est d'accorder un terme à son débiteur. Or sans doute, un pacte *de non petendo intra tempus* pourrait suffire à cet effet ; mais ce pacte n'est garanti que par voie d'exception (Gaius, IV, § 122). Si donc les parties tiennent à ce que la concession du terme opère *ipso jure*, il faut une stipulation nouvelle, et cette stipulation emporte novation immédiate, puisque le droit qui en résulte a dès à présent une existence certaine (L. 8 § 1, *De nov.*).

3° *Detractio diei* (Gaius, III, § 177). — Ici le débiteur consent à la suppression du terme qui lui avait été primitivement accordé. Se contenter d'un pacte en pareille hypothèse, ce serait ne rien faire. Car une action ne se fonde pas sur un pacte, et par conséquent le créancier qui agirait avant le terme fixé par le contrat demanderait trop et perdrait son droit. Voilà pourquoi une nouvelle stipulation est nécessaire, et ici, comme tout à l'heure, elle opère novation immédiate (L. 5, *De nov.*).

4° *Adjectio conditionis* (Gaius, III, § 177). — Dans cette espèce les parties se proposent de subordonner à l'événement d'une condition une obligation qui est actuellement pure et simple. Un pacte fait dans ce but n'engendrerait qu'une exception. De là la nécessité d'une nouvelle stipulation. Mais, comme par hypothèse cette stipulation est conditionnelle, et que le droit qu'elle prétend créer n'a pas encore d'existence certaine, la première obligation continue de subsister ;

(1) Cette première condition explique pourquoi les textes notent avec soin que la numération d'une somme d'argent qu'on se propose de stipuler ne forme pas un prêt. Cela admis, quand la stipulation intervient, elle crée la dette au lieu d'en changer la cause, et par conséquent n'opère pas de novation (n° 588 *in fine*).

pour qu'elle s'éteigne, pour que la novation se réalise, il faut que la condition arrive et qu'au moment de son arrivée la chose due existe encore. Si en effet la condition vient à défaillir, la seconde obligation ne se formant pas, la première reste tout aussi entière que s'il n'y avait jamais eu de stipulation *novandi causa* (1). Et si la condition arrive après la perte de la chose due, la première obligation s'éteint et la seconde ne peut plus naître (L. 8 § 1 ; L. 14 pr., *De nov.* — n° 538). De là deux questions : 1° la stipulation conditionnelle n'apporte-t-elle par elle-même aucune modification à la situation antérieure des parties? Je réponds qu'elle en apporte deux : d'abord elle équivaut à la concession d'un terme incertain; je veux dire par là que, *pendente conditione*, le créancier n'est plus reçu à demander l'exécution de la première obligation (L. 36, *De reb. cred.*, XII, 1) (2), que désormais le payement fait par erreur est, en règle générale, sujet à répétition (L. 60 § 1, *De cond. ind.*) (3), et que cette obligation ne peut plus donner lieu à une mise en demeure (L. 88, *De reg. jur.*, L. 17). En outre, dans une opinion qui eut des contradicteurs, mais qui paraît bien avoir triomphé, la stipulation conditionnelle purge, s'il y a lieu, la demeure antérieure du débiteur, et par conséquent l'affranchit du risque des cas fortuits. Un exemple va mettre en lumière l'intérêt de cette décision. Vous me devez l'esclave Stichus, et vous êtes *in mora*. Je le stipule conditionnellement, soit de vous, soit d'un tiers. Puis, cet esclave meurt *pendente conditione*. Quoi qu'il

(1) Gaius (III, § 179) nous apprend que d'après Servius Sulpicius une stipulation conditionnelle suffisait pour opérer novation immédiate, de telle sorte que, la condition venant à défaillir, le créancier n'avait plus aucun droit. Cette opinion se restreignait fort probablement au cas d'une stipulation faite *inter easdem personas;* dans cette limite elle était raisonnable, et on verra tout à l'heure que si elle fut repoussée comme contraire aux principes du droit civil, le résultat pratique auquel elle aboutissait paraît néanmoins avoir été consacré, non pas *ipso jure*, mais *per exceptionem*.

(2) Si donc le créancier agit, il devra être repoussé. Mais sera-ce comme ayant commis une *plus petitio?* C'est bien l'idée que suggère au premier aspect le texte que je cite. Néanmoins je crois plus correct d'admettre la nécessité d'une exception *pacti* ou *doli*. Car *ipso jure* la première obligation est restée ce qu'elle était, puisque la concession du terme ne résulte que d'un pacte fait après coup.

(3) Le texte cité n'admet pas la répétition lorsque la stipulation conditionnelle a été faite *inter easdem personas*, et cela, nous dit Paul, parce qu'en cette hypothèse on est certain que le promettant sera débiteur du stipulant. On ignore seulement si c'est en vertu de la première stipulation, ou en vertu de la seconde, qu'il devra. Mais Paul lui-même constate que son opinion n'était pas la plus généralement reçue, et sans aucun doute elle est inconciliable avec l'exception que Gaius (III, § 179) accorde au débiteur après la défaillance de la condition.

arrive, me voilà dépourvu d'action. Où serait en effet le principe de mon droit? Dans la première stipulation? Mais elle est éteinte, puisque Stichus est mort à une époque où le débiteur primitif n'était plus en demeure. Dans la seconde stipulation? Mais elle n'a plus d'objet, et la condition aurait beau s'accomplir, aucune obligation ne naîtrait (L. 14 pr., *De nov.* — L. 72 §§ 1 et 2, *De solut.*) (1); 2° la condition venant à défaillir, l'action qui résulte de la première stipulation, de celle que les parties n'ont pas réussi à nover, pourra-t-elle être exercée avec succès? Les textes font ici une distinction très raisonnable. La stipulation a-t-elle été faite *inter easdem personas:* on présume que les parties ont voulu substituer une chance à une certitude, et que pour le cas où la condition viendrait à défaillir, la stipulation contient un pacte de remise absolu. En conséquence, le créancier sera repoussé par une exception *pacti conventi* ou *doli mali* (Gaius, III, § 179) (2). Au contraire, supposons-nous l'intervention d'un nouveau créancier ou d'un nouveau débiteur : la première obligation conserve toute sa force, car il est probable que les parties ont voulu qu'elle s'exécutât dans le cas où la seconde ne se formerait pas (L. 30 § 2, *De pact.*, II, 14).

5° *Detractio conditionis* (Gaius, III, § 177). — Étant donné une obligation conditionnelle, les parties veulent la rendre pure et simple. Comme un pacte conclu à cet effet ne permettrait pas au créancier d'agir *pendente conditione*, elles font une nouvelle stipulation dans laquelle la condition ne figure plus. Cela emporte-t-il novation immédiate? Non, à coup sûr, car une obligation ne s'éteint pas avant

(1) Les jurisconsultes qui faisaient survivre la demeure à la stipulation conditionnelle ne s'accordaient pas sur les effets de la perte de la chose arrivée *pendente conditione posterioris stipulationis*. Vénuléius décide que si la condition se réalise ensuite, la novation s'opérera; car la chose, quoique détruite, est réputée subsister encore comme objet de la stipulation (L. 31 pr., *De nov.*). Julien, au contraire, dit que toute espérance de novation est perdue, la seconde obligation ne pouvant plus se former faute d'objet, et en conséquence il veut que la première obligation devienne immédiatement exigible (L. 56 § 8, *De verb. obl.*). Du reste, les partisans de la *purgatio moræ* étaient eux-mêmes divisés sur un point secondaire. Les uns, comme Marcellus, comparaient la stipulation conditionnelle à une offre, ce qui les conduisait à décider qu'elle ne purgeait la demeure qu'autant que la chose était présente (L. 72 § 3, *De sol.*). D'autres, et Papinien était du nombre, ne faisaient aucune distinction et admettaient absolument la *purgatio moræ* (L. 17, *De cond. furt.*, XIII, 1).

(2) Cette doctrine eut quelques adversaires, comme le prouve un texte de Paul sur lequel j'ai déjà insisté (p. 707, note 3). Du reste, elle n'est point absolue, et le créancier est admis à prouver que dans la pensée des parties la première obligation devait s'exécuter si la seconde ne se formait pas.

de naître; il faut donc que la condition se réalise pour qu'il y ait novation (L. 14 § 1, *De nov.*). Mais, qu'elle se réalise ou non, le créancier peut toujours agir en vertu de la seconde stipulation, qui est *pure et simple*; il le peut, dis-je, quand même la condition apposée à la première obligation serait encore en suspens ou même défaillie, et cela parce qu'une stipulation peut fort bien créer une obligation sans en éteindre aucune (1). En résumé donc, dans notre hypothèse, les parties réussissent toujours à remplacer une chance par une certitude.

A ces cinq hypothèses Gaius en ajoute deux autres : selon lui, l'addition ou la suppression d'un *sponsor* opèrent également novation, mais il nous avertit que les Proculiens rejetaient cette doctrine (Gaius, III, §§ 177 et 178), et c'était, je le crois, avec beaucoup de raison. En effet, quand on compare ces deux dernières hypothèses à toutes les précédentes, il est difficile de n'être pas frappé d'une différence profonde. Le changement de cause modifie la nature et la sanction du droit; l'addition ou le retranchement d'un terme en recule ou en avance l'exigibilité; l'addition ou la suppression d'une condition en affecte l'existence même; en un mot, dans tous ces cas, ce qui est modifié, ce sont les éléments constitutifs du droit, c'est la relation personnelle du créancier et du débiteur. Au contraire, ajoutez ou supprimez un *sponsor*, cette relation reste absolument la même, bien qu'une autre relation s'établisse ou cesse entre les parties et un tiers. On cherche donc vainement pourquoi, en l'absence de tout autre élément nouveau, l'accession ou la libération d'un *sponsor* opérerait une novation que n'opèrent certainement ni l'accession ni la libération d'un *fidepromissor* ou d'un fidéjusseur (2).

(1) C'est ce qui résulte de la façon dont Ulpien s'exprime : *non statim novat licet stipulatio pura aliquid egisse videatur* (L. 14 § 1, *De nov.*).

(2) On explique de deux façons la décision de Gaius : 1° on part de la doctrine hypothétique d'après laquelle le *sponsor* ne pourrait intervenir qu'au moment même de la formation de l'obligation principale (t. II, p. 355, note 2), et on dit que si l'addition d'un *sponsor* emporte novation, c'est qu'elle nécessite une nouvelle stipulation principale. Admettons un instant le point de départ de cette explication, et nous y trouverons néanmoins deux défauts : d'abord, si elle était exacte, elle s'appliquerait aussi au *fidepromissor*, dont pourtant Gaius ne dit pas un mot. En outre, elle ne fait nullement comprendre la novation par suppression d'un *sponsor*. Vainement dit-on que pour libérer *ipso jure* le *sponsor* sans se libérer soi-même, il faut que le débiteur fournisse une nouvelle promesse : oui sans doute, il le faut, mais s'il s'agissait de libérer dans les mêmes conditions un fidéjusseur ou un *fidepromissor*, ne serait-on pas obligé de s'y prendre de la même façon? Et cependant

694. Connaissant l'élément nouveau qui constitue la novation et qui en justifie le nom, nous n'aurons pas grand'peine à dégager les principaux avantages pratiques de cette institution. Pour cela, distinguons quatre classes d'hypothèses.

1° Soit un changement de créancier. — Ici la novation tend au même but qu'une *procuratio in rem suam*. Mais elle est d'un usage moins commode en ce qu'elle exige le consentement du débiteur ou de son représentant (t. II, p. 552, note 3). Quant à ses effets, elle est tout à la fois plus pleine et moins pleine : plus pleine, car c'est immédiatement et *ipso jure* qu'elle dessaisit l'ancien créancier et saisit le nouveau; moins pleine, car la créance antérieure étant éteinte, en principe les garanties accessoires dont elle pouvait être entourée s'éteignent avec elle (n° 696). La novation par changement de créancier n'opère donc pas un véritable transport de créance, mais elle réalise un résultat sensiblement équivalent.

2° Soit un changement de débiteur. — Ici la fonction de la novation est identique à celle d'un payement. Car elle fait cesser tout rapport de droit entre le créancier et son ancien débiteur. Seulement la valeur fournie par celui-ci, au lieu de consister dans la prestation de la chose due, consiste dans l'engagement d'un débiteur nouveau.

3° Soit un simple changement de cause. — A cela les parties gagnent d'abord de rendre possibles deux choses qui jusque-là ne l'étaient pas, je veux dire l'accession d'un *sponsor* ou d'un *fidepromissor* et l'acceptilation. De plus, tandis que la précédente obligation pouvait être de bonne foi, la seconde est nécessairement de droit strict, et l'on verra plus tard combien ce changement si simple en apparence est fécond en conséquences pratiques (nos 871 et 872).

4° Soit enfin un changement qui consiste dans l'addition ou la suppression d'une modalité. Ici le but et l'intérêt de la novation ressortent avec évidence des explications que j'ai données tout à l'heure sur ce genre d'hypothèse.

Gaius n'admet pas de novation par la simple suppression de ces deux sortes d'*adpromissores*; 2° on remarque que deux voies de recours exceptionnellement rigoureuses appartiennent au *sponsor* qui a payé, savoir, l'action *depensi* et la *manus injectio pro judicato* (n° 570). Donc, dit-on, la condition du débiteur est tout particulièrement aggravée ou adoucie par l'addition ou le retranchement d'un *sponsor*. Cette seconde explication me paraît beaucoup plus plausible que la précédente; mais elle ne me satisfait pas non plus; car, je le répète, l'accession ou la libération d'un *sponsor* ne modifie en rien le rapport de droit qui constitue l'obligation principale.

III. — DES CONDITIONS DE LA NOVATION DANS LE DERNIER ÉTAT DU DROIT.

Lib. III, tit. XXIX, *Quibus modis obligatio tollitur*, § 3, suite. — Sed quum hoc quidem inter veteres constabat tunc fieri novationem, quum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat; per hoc autem dubium erat quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc præsumptiones alii in aliis casibus introducebant, ideo nostra processit constitutio, quæ apertissime definivit tunc solum novationem fieri, quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt; alioquin manere et pristinam obligationem, et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio, secundum nostræ constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere.

C'était chose constante pour les anciens que la novation suppose la seconde obligation contractée avec intention de nover; mais par suite de cette règle même, on ne savait comment reconnaître l'intention de nover, et selon les cas diverses présomptions étaient admises par les uns et rejetées par les autres. De là une constitution par laquelle nous avons très nettement décidé que la novation ne s'opère qu'autant que les parties expriment leur intention de nover la précédente obligation; sinon, cette obligation subsiste, et la nouvelle s'y ajoute, de telle sorte qu'il y en a deux à la fois. Telle est la règle que nous avons posée et dont on peut acquérir une pleine connaissance par la lecture de notre constitution.

695. J'ai exposé la théorie de la novation telle que nous la révèlent les commentaires de Gaius, et telle qu'elle se laisse encore entrevoir dans les fragments triés ou travestis du Digeste. Mais dès la fin de l'époque classique, ses traits les plus originaux tendent à s'effacer, et si nous passons au droit de Justinien, trois transformations essentielles sont accomplies :

1° La novation ne résulte plus nécessairement et exclusivement de l'emploi de telle formule. Déjà les derniers jurisconsultes classiques exigent la volonté de nover comme condition générale distincte de toute autre. Ulpien surtout est formel en ce sens (L. 2, *De nov.*). Désormais donc, où cette volonté existe, l'effet n'en est plus empêché par l'irrégularité de la formule ; mais où elle manque, rien n'y peut suppléer. En d'autres termes les formules n'ont pas perdu toute signification, elles servent encore à faire présumer l'intention des

parties; mais leur importance n'est plus décisive, et cette intention, ce que les textes appellent le *quod actum est*, peut toujours être recherchée en dehors de la formule (1). Quand l'empereur Léon eut réduit les solennités de la stipulation à une interrogation et à une réponse, la volonté des parties devint encore plus absolument souveraine. Mais comme de là résultaient en fait de nombreuses difficultés, Justinien décida que l'intention de nover devrait toujours être exprimée; sinon la nouvelle obligation s'ajouterait à l'ancienne au lieu de la supprimer (L. 8, C., *De nov.*) (2).

2° L'identité absolue d'objet entre la nouvelle et l'ancienne obligation cesse d'être nécessaire. Papinien (L. 28, *De nov.*) paraît avoir admis la possibilité de nover en stipulant la valeur de la chose due au lieu de la chose elle-même, et cela peut-être parce que toute obligation devant, si jamais elle faisait l'objet d'un procès, se convertir en dette d'argent, il était assez naturel que les parties pussent elles-même et d'avance opérer cette transformation. La constitution déjà citée de Justinien va plus loin : on pourra nover, dit-elle, en augmentant ou en diminuant la quantité due (3). Ceci admis, l'empereur n'avait plus qu'un pas à faire pour autoriser la novation par changement total d'objet, et il est bien vraisemblable que telle est au fond sa pensée (4).

3° Enfin, tandis qu'autrefois la novation *inter easdem personas* impliquait un changement dans le rapport de droit qui existe entre les parties, Justinien se contente d'une modification relative à l'un des accessoires de l'obligation. Ainsi l'élément nouveau pourra con-

(1) Les textes conçus en ce sens sont trop nombreux pour qu'on puisse tous les supposer remaniés par Justinien. (Voy. notamment L. 8 §§ 1, 2 et 5; L. 26; L. 28, *De nov.* — L. 27 § 2, *De pact.*, II, 14.)

(2) On a nié que Justinien exigeât autre chose qu'une volonté manifestée d'une manière quelconque. Mais sa constitution est formelle (*nisi specialiter remiserint... et hoc expresserint...*), et le compte rendu qu'il en donne aux Institutes (§ 3 *sup. in fine*) ne l'est pas moins.

(3) Dès la fin du second siècle l'augmentation de la quantité due paraît avoir été considérée par quelques-uns comme suffisant à opérer novation (L. 31 § 5, *De lib. leg.*, XXXIV, 3). Au contraire, lorsqu'il y a simplement diminution de la quantité due, la novation est encore repoussée par Théophile (sur le § 3 *sup.*).

(4) En ce sens on peut avec beaucoup de force argumenter de ce que Justinien assimile l'effet de la *datio in solutum* à celui du payement. Car qu'est-ce qu'une *datio in solutum*? Une convention qui change l'objet dû et qui est exécutée immédiatement. Or pourquoi cette convention serait-elle moins efficace quand elle a simplement revêtu les formes d'un contrat que lorsqu'elle a été suivie d'exécution immédiate?

sister soit dans l'addition ou la suppression d'un gage ou d'un fidéjusseur, soit dans la *rédaction d'un nouvel écrit* (L. 8, C., *De nov.* — § 3 *sup.*) (1). Peut-être que la doctrine de Gaius sur l'accession ou le retranchement d'un *sponsor* n'avait été qu'un premier pas dans cette voie, et que d'autres après lui s'y étaient engagés avec moins de réserve. Ce qui est certain, c'est que Justinien ne nous donne pas ses décisions pour nouvelles ; diverses présomptions de novation étaient, nous dit-il, admises par les uns et rejetées par les autres, et il se propose seulement de trancher ces controverses.

En résumé donc, de la théorie primitive il ne reste plus que ceci : la novation consiste toujours à éteindre une dette en en créant une autre par voie de stipulation. Quant aux conditions relatives à la forme de cette stipulation, à son objet et à l'élément nouveau qu'elle doit contenir, deux règles les remplacent : faites un changement quelconque, et exprimez votre volonté de nover.

IV. — DES EFFETS DE LA NOVATION, DE LA CAPACITÉ QU'ELLE REQUIERT.

696. La novation crée une obligation et en éteint une autre. Il y a là deux effets bien distincts. Du premier je n'ai rien à dire, si ce n'est que la nouvelle obligation s'apprécie d'après les règles générales du contrat de stipulation. Il est donc bien évident qu'elle échappe à l'influence des causes qui pouvaient affaiblir ou paralyser l'obligation ancienne ; en d'autres termes, que celle-ci fût simplement naturelle, temporaire, ou exposée au choc d'une exception quelconque, cela n'empêche pas la nouvelle créance d'être sanctionnée par une action, ni cette action d'être perpétuelle et supérieure à toute espèce d'exception. Et en sens inverse, cette nouvelle créance peut être énervée ou infirmée par des causes à elle spéciales ; elle peut donc, quoique la première eût une pleine force, être ou dépourvue d'action ou paralysée par une exception. Quant à l'effet extinctif de la novation, il n'est pas moins absolu que celui d'un payement. Cette comparaison, qui se justifie par l'identité nécessaire de l'objet des deux obligations, est indiquée par les jurisconsultes eux-mêmes (L. 21 § 3,

(1) Ce que Justinien dit de la rédaction d'un nouvel écrit se retrouve dans le sentences de Paul (V, 8) et peut-être déjà dans un texte de Scévola (L. 57 pr., *De adm. et per. tut.*, XXVI, 7).

De ann. leg., XXXIII, 1. — L. 31 § 1, *De nov.*), et la principale conséquence qu'ils en tirent, c'est que les sûretés accessoires qui garantissaient l'obligation éteinte ne s'appliquent point à celle qui la remplace. En d'autres termes, libération des *adpromissores* ou autres cautions, dégrèvement des choses engagées ou hypothéquées, et extinction des privilèges fondés sur la qualité de la personne, tels sont les résultats réguliers de la novation (LL. 18 et 29, *De nov.* — L. 60, *De fid.*, XLVI, 1. — L. 43, *De sol.* — T. I, p. 711, note 4). Mais ces résultats sont-ils absolument inévitables? Il faut distinguer. Quant aux *adpromissores*, rien ne les empêche d'accéder à la nouvelle obligation, mais cela suppose qu'eux-mêmes renouvellent leur promesse (L. 4, C., *De fid.*, VIII, 41). Quant aux droits de gage ou d'hypothèque, un pacte fait *in continenti* peut les maintenir (L. 11 § 1, *De pign. act.*, XIII, 7. — L. 21 pr., *Qui pot.*, XX, 4). Mais ce pacte exige-t-il le consentement du propriétaire des biens grevés? Une telle question n'a d'intérêt qu'autant que la promesse *novandi causa* n'émane pas de ce propriétaire lui-même, et je ne trouve pas qu'elle soit résolue par les textes (1). Enfin, en ce qui concerne les privilèges personnels, je n'aperçois pas de raison pour invalider la convention qui les réserverait, pourvu que la novation ait lieu *inter easdem personas* (2).

A. L'effet extinctif de la novation contient d'autres conséquences qui méritent d'être signalées : 1° en supposant que la dette aujour-

(1) Pour établir que la réserve des hypothèques exige absolument l'adhésion du propriétaire des biens grevés, on a produit un texte de Paul (L. 30, *De nov.*) et un rescrit de l'empereur Gordien (L. unic., C., *Et. ob chir. pec.*, VIII, 27). Mais le texte de Paul est tout à fait étranger à la question. Il suppose qu'après une novation pure et simple, le nouveau débiteur se ravise et veut faire revivre les hypothèques qui grevaient jadis les biens de l'ancien débiteur. Or cela est impossible, dit Paul; car ces hypothèques sont déjà éteintes. Cette décision n'est donc qu'une application très logique du principe qui annule l'hypothèque consentie sur la chose d'autrui. Quant au rescrit de Gordien, il constate bien que dans l'espèce le nouveau débiteur qui consent au maintien des hypothèques est devenu propriétaire des biens hypothéqués. Mais y a-t-il là quelque chose de plus que la constatation d'un fait, et en l'absence de ce fait l'empereur annulerait-il le pacte? C'est ce que rien ne prouve, et la première phrase du texte favorise plutôt l'opinion contraire. On insiste, il est vrai, et l'on dit qu'il s'agit bien moins ici de maintenir l'hypothèque que de la faire revivre et de la créer à nouveau, ce qui est impossible sans le consentement du propriétaire. Mais cette idée n'est pas exacte; et ce qui le prouve, c'est que l'hypothèque valablement réservée par les parties ne perd pas son rang antérieur et que le créancier est considéré comme subrogé à lui-même (*succedit in suum locum*. — L. 3 pr.; L. 12 § 5, *Qui pot.*, XX, 4).

(2) S'il y a changement de créancier ou de débiteur, ces privilèges périssent évidemment malgré toute convention contraire.

d'hui éteinte fût productive d'intérêts, la nouvelle dette ne l'est pas pour cela (LL. 18 et 27, *De nov.*) ; mais elle peut toujours le devenir en vertu d'une stipulation spéciale ; 2° lorsque la nouvelle promesse est faite par le débiteur antérieurement obligé, sa demeure, s'il y a lieu, est par cela même purgée, et par conséquent le risque de la chose due cesse de lui incomber (L. 8 pr., *De nov.*) (1) ; 3° lorsque l'obligation novée avait été contractée *sub pœna*, la peine qui n'est pas encore encourue au jour de la novation ne peut plus l'être ; car la condition sous laquelle elle était due se trouve défaillie comme elle le serait par l'effet d'un payement (L. 15, *De nov.*) ; 4° lorsque l'obligation novée résultait d'un jugement, le créancier perd le droit qu'il avait jusque-là de recourir aux voies d'exécution (L. 4 § 4, *De re jud.*, XLII, 1.—L. 2, C., *De exsec. rei jud.*, VII, 53) ; 5° enfin dans le cas où c'est l'obligation d'une personne *alieni juris* qui est novée, avec elle disparaissent les obligations dont le père de famille était tenu par voie de conséquence (L. 13 § 1, *De inst. act.*, XIV, 3).

697 *a*. Les effets de la novation connus, il est assez facile de déterminer la capacité qu'elle requiert chez les parties. Décomposons la question. Dans toute novation il y a un promettant et un stipulant. Voyons donc d'abord quel peut être le promettant, c'est-à-dire par qui la promesse doit être supposée faite, je ne dis pas pour donner naissance à une action, mais simplement pour éteindre l'obligation antérieure. Or, si l'on remarque que toute libération améliore notre condition, on arrive aux deux règles suivantes : 1° le débiteur capable de s'obliger naturellement par une promesse verbale peut toujours nover son obligation. Vainement serait-il incapable de recevoir le payement et de contracter une obligation civile ; tout ce qui résulte de cette incapacité, c'est que le créancier perd son action sans en acquérir une autre (L. 3, *De nov.*) ; 2° de même qu'on paye valablement la dette d'autrui même à l'insu ou contre le gré du débiteur, de même on peut la nover sans avoir à cet effet ni mandat ni pouvoir d'aucune espèce (L. 8 § 5, *De nov.* — L. 13 § 10, *De accept.*, XLVI, 4), et ici encore il suffit que la promesse émane d'une personne capable de s'obliger naturellement en cette forme (Gaius, III, § 176).

(1) Cette doctrine, que nous avons vue controversée lorsque la stipulation destinée à nover n'est que conditionnelle, ne peut plus l'être quand la novation est certaine. Mais la présence de la chose devait-elle être exigée ? Sur ce point, la controverse était la même dans les deux cas, ainsi que le prouve un texte déjà cité de Papinien (t. II, p. 708, note 1).

Maintenant quelles personnes peuvent figurer dans la novation à titre de stipulants? Deux principes doivent nous guider : d'une part, le créancier qui stipule *novandi causa* fait sa condition pire en tant qu'il s'agit pour lui de perdre sa créance antérieure; d'autre part, de même que le payement fait à un tiers qui n'a pas de mandat n'est point valable, de même une stipulation faite sans le consentement du créancier ne nous transporte pas sa créance; elle n'est qu'un simple acte de gestion qu'il ratifie ou méconnaît à son gré (L. 8 § 5; L. 22, *De nov.*). Ceci compris, trois sortes de personnes pourront seules stipuler *novandi causa*, savoir : 1° le créancier lui-même, lorsqu'il est capable de recevoir le payement (L. 9; L. 20 § 1, *De nov.*) (1); 2° les tuteurs ou curateurs, lorsque la novation est avantageuse à la personne qu'ils sont chargés de protéger (L. 22, *De adm. et per. tut.*, XXVI, 7. — L. 34 § 1, *De nov.*); 3° les mandataires, et par analogie les personnes soumises à notre puissance, lorsque nous les y autorisons, et cette autorisation se présume jusqu'à preuve contraire à l'égard des créances comprises dans leur pécule (L. 16; L. 20 pr.; L. 34 pr., *De nov.*) (2).

V. — DE LA DÉLÉGATION.

698 *a*. Une notion au moins sommaire de la délégation est nécessaire pour compléter l'étude de la novation. La délégation met en jeu trois personnes, un délégant, un délégué et un délégataire. Une hypothèse simple et pratique va montrer en quoi elle consiste et comment on peut la réaliser. Supposons que Secundus doive cent sous d'or à Primus, et que Primus lui-même en doive autant à Tertius. Primus (délégant) donnera mandat à Secundus (délégué) de promettre les cent sous d'or à Tertius (délégataire), et à celui-ci de les

(1) Que décider lorsqu'il y a plusieurs *correi stipulandi?* On a déjà vu (n° 550) que le droit de nover leur fut contesté. La même controverse exista peut-être à l'égard de l'*adstipulator;* mais le silence des textes nous interdit ici toute affirmation.

(2) Un texte de Paul (L. 10, *De nov.*) pose en règle générale que, sauf l'*adjectus solutionis gratia*, quiconque peut recevoir le payement d'une créance peut aussi la nover. Mais cette règle n'est exacte qu'à l'égard du créancier. Ainsi les tuteurs et curateurs peuvent toujours recevoir le payement et ne peuvent pas toujours nover. Ainsi encore le mandat ou l'autorisation de nover ne sont pas nécessairement contenus dans le mandat ou l'autorisation de toucher ce qui est dû (LL. 21 et 25, *De nov.*). D'ailleurs un autre texte de Paul (L. 27 pr., *De pact.*, II, 14) montre bien clairement que ce jurisconsulte lui-même ne prenait pas à la lettre sa propre formule.

stipuler de Secundus (1). La promesse faite, Secundus aura changé de créancier, Tertius aura changé de débiteur, et Primus sera hors de cause. En d'autres termes, une double novation se sera opérée : à la place des deux *obligations antérieures désormais éteintes*, il y en aura une nouvelle, une seule, et un seul payement suffira pour l'éteindre (2). Nous aurons donc, en dernier résultat, fait l'économie d'un déplacement de fonds. Sur le vu de cette espèce, on comprend tout de suite que la délégation ne doit pas être confondue avec le procédé qui sert à l'exécuter. La délégation consiste dans le double mandat que Primus donne à Secundus et à Tertius; aussi n'exige-t-elle aucune espèce de forme (L. 11 pr.; L. 17, *De nov.*). Mais elle ne s'exécute, elle ne devient irrévocable qu'au moment où le délégué s'engage envers le délégataire, et cet engagement, lui, exige des formes.

Maintenant nous pouvons nous poser deux questions générales : 1° la délégation ne s'exécute-t-elle jamais que par voie de stipulation? 2° tend-elle toujours, comme dans l'espèce précédente, à éteindre deux dettes et à faire l'office d'un double payement? Sur l'une et l'autre question il faut répondre négativement.

Et d'abord la délégation ne s'exécute pas nécessairement par une stipulation. Les textes nous révèlent d'autres procédés. L'un consiste dans le contrat *litteris*. Nous avons vu, en effet, que telle est la fonction ordinaire de la *transcriptio a persona in personam* (Nos 578 et 579. — Gaius, III, § 130). Un second procédé consiste dans la *litis contestatio* (L. 11 § 1, *De nov.*), et il se comprend de deux façons : je puis faire intenter par un tiers l'action qui me compète contre mon propre débiteur, ou, étant moi-même poursuivi, me faire défendre par un tiers. Dans le premier cas, la *litis contestatio* donnera à mon débiteur un autre créancier; dans le second cas, elle donnera à mon créancier un autre débiteur. Enfin il y a une hypothèse toute spéciale où la délégation s'exécute par voie de *dotis dictio* (Ulp., VI, § 2. — n° 710).

En second lieu, la délégation n'a pas toujours pour but d'éteindre

(1) Le délégué peut évidemment payer entre les mains du délégataire au lieu de lui faire une promesse, et c'est pour cela peut-être que les mots *delegare* et *delegatio* sont quelquefois appliqués au mandat de payer à un tiers (L. 96 pr., *De sol.*, XLVI, 3).

(2) On peut compliquer l'hypothèse et supposer que le créancier de mon créancier stipule de mon débiteur ou même du débiteur de mon débiteur. Au premier cas, on a trois libérations; au second cas, on en a quatre.

deux obligations. Par exemple, voulant faire une donation à Primus, je puis ou lui déléguer mon débiteur ou me faire déléguer par lui à son créancier (L. 21 pr. et § 1, *De don.*, XXXIX, 5). Dans de tels cas il y a une obligation éteinte et une donation réalisée. De même, si je veux faire une donation à Primus qui lui-même veut en faire une à Secundus, je puis me faire déléguer par Primus, à Secundus, et ici il n'y a plus aucune obligation éteinte, mais il y a deux donations parfaites par la création d'une seule obligation (L. 2 § 2, *De don.*). Enfin un tout autre genre d'hypothèses se conçoit encore. Ainsi quand une personne me demande de lui prêter de l'argent, je puis lui déléguer Primus, qui veut ou m'en prêter à moi-même, ou se libérer d'une dette, ou me faire une donation ; et alors la promesse du délégué au délégataire a pour résultat de réaliser ou deux prêts, ou un prêt et une libération, ou un prêt et une donation (L. 32, *De reb. cred.*, XII, 1). En résumé donc, éteindre des obligations, former des prêts, parfaire des donations : tels sont les trois buts fort différents que la délégation se propose, et la stipulation par laquelle elle s'exécute peut les atteindre tous les trois du même coup : par exemple, si, voulant faire une donation à Primus, je délègue à son créancier une personne qui veut me faire un prêt à moi-même.

699 *a*. Reste à préciser les effets de la délégation exécutée. Pour cela il faut remarquer avec le jurisconsulte Celsus (L. 21 § 1, *De don.*) qu'on sous-entend ici et qu'on tient pour accomplies trois numérations d'argent qui n'ont pas eu lieu : l'une est réputée faite par le délégué au délégant, une autre par le délégant au délégataire, et la troisième par le délégataire au délégué. Les deux premières réalisent les payements, prêts ou donations dont je parlais tout à l'heure ; la dernière sert à expliquer l'obligation du délégué envers le délégataire. Du reste, je me placerai exclusivement dans l'hypothèse la plus pratique, celle où le délégué était débiteur du délégant, et celui-ci débiteur du délégataire ; et je supposerai la délégation exécutée par une stipulation *novandi causa*. Trois propositions résumeront les effets de cette stipulation :

1° Le délégué est absolument tenu envers le délégataire. Et cela veut dire deux choses : d'abord il est tenu, quoique sa dette envers le délégant n'existât pas même *ipso jure* (L. 13, *De nov.*) (1). En

(1) Bien entendu, je suppose ici que la promesse du délégué désigne l'objet dû. J'ai déjà dit (N° 692 *in fine*) que s'il a simplement promis *quod debet*, sa promesse est nulle, parce qu'on ne voit pas sur quoi elle porte.

second lieu, et à plus forte raison, les exceptions dont il aurait pu se prévaloir contre le délégant ne lui compètent point contre le délégataire. Paul, qui formule cette doctrine de la manière la plus générale, en donne pour motif que le délégataire ne connaît pas les rapports qui existent entre le délégant et le délégué, ou tout au moins doit être assez discret pour avoir l'air de ne les point connaître (L. 19, *De nov.*). Cependant ce principe comporte quelques restrictions : 1° en supposant que le délégataire soit un donataire, le délégué qui s'est engagé croyant devoir et ne devant rien peut lui opposer une exception de dol (L. 2 § 3, *De don.* — L. 7 pr., *De dol. mal. et met. exc.*, XLIV, 4), et sans doute il le peut aussi quand il était protégé à son insu par une de ces exceptions perpétuelles qui ne laissent subsister aucune obligation naturelle (1); 2° le premier mari, délégué comme débiteur de la dot à un second mari, peut lui opposer l'exception *quod facere potest*, comme il l'opposerait à la femme elle-même (L. 32, *Sol. matr.*, XXIV, 2) (2); 3° lorsqu'une femme

(1) Comme on le voit, j'évite de dire avec quelques interprètes que le délégué conserve contre le délégataire à titre gratuit toutes les exceptions qu'il aurait valablement opposées au délégant. Cette formule me paraît fausse à la fois dans la forme et dans le fond : dans la forme, car ce n'est plus son ancienne exception que le délégué fait valoir, mais bien une exception de dol fondée sur son erreur ; dans le fond, car cette exception de dol elle-même cesse dans tous les cas où l'exception qu'il a ignorée n'était pas de nature à autoriser la *condictio indebiti*.

(2) Cette décision est certainement exceptionnelle; car en principe le délégué qui pourrait opposer au délégant l'exception *quod facere potest*, ne l'oppose pas au délégataire (L. 33 § 3, *De don.*, XXXIX, 5. — L., 41 pr., *De rei jud.*, XLII, 1. — L. 33, *De nov.*). On a fait remarquer, il est vrai, que dans l'espèce le premier mari a promis *quasi debitor mulieris ;* et de là, par une généralisation hardie, on a conclu que dans tous les cas où le délégué promet simplement *quod debet* sans préciser l'objet dû, les exceptions qui l'eussent protégé contre le délégant le protègent encore contre le délégataire. Mais cette doctrine est contraire à l'ensemble des textes, et tout particulièrement aux motifs par lesquels Paul justifie l'obligation absolue du délégué envers le délégataire. On insiste néanmoins, et on allègue un texte d'Ulpien (L. 7 § 7, *De sct. Mac.*, XIV, 6). Ce jurisconsulte, supposant qu'une somme d'argent a été prêtée à un fils de famille et stipulée de lui par un autre que le prêteur, décide que l'exception tirée du sénatus-consulte Macédonien pourra être opposée au stipulant. Mais, à mon sens, Ulpien ne vise pas l'hypothèse d'une délégation; il suppose bien plutôt que la stipulation a été faite au moment même du prêt, et alors, si l'exception est donnée contre le stipulant, c'est que l'intervention de celui-ci n'est qu'une fraude pour tourner la loi. Outre que cette interprétation est plus conforme aux principes généraux, elle a l'avantage de ne pas mettre Ulpien en contradiction avec Paul, qui nie très formellement que le fils de famille délégué puisse opposer le sénatus-consulte Macédonien au délégataire (L. 19, *De nov.*).

obligée contrairement au sénatus-consulte Velléien délègue au créancier quelqu'un qui ne lui doit rien à elle-même, le délégué peut exciper du sénatus-consulte comme le pourrait faire le fidéjusseur de la femme (L. 8 § 4, *Ad. s. c. t. Vell.*, XVI, 1) (1).

2° Le délégué est absolument libéré envers le délégant. Car, comme je l'ai dit, ce dernier est réputé avoir touché ce qui lui était dû (L. 21 § 1, *De don.*). Mais que décider lorsque par hasard le délégué n'était tenu d'aucune action ou pouvait s'abriter sous une exception? La question consiste à savoir si nous lui donnerons un recours contre le délégant, et elle doit évidemment se résoudre comme s'il y avait eu payement en espèces (n° 659). Par conséquent le recours du délégué ne peut être admis qu'à deux conditions : il faut d'abord que le moyen qui le protégeait fût perpétuel et exclusif de toute obligation naturelle, sinon la délégation a une cause, puisqu'il y avait une dette à éteindre; il faut, en second lieu, que le délégué ait ignoré l'existence de ce moyen au moment où il s'engageait envers le délégataire, sinon on tient qu'il a voulu faire une donation au délégant (2). Du reste le recours s'exerce, si le délégué n'a pas encore payé, par une *condictio incerti* qui tend à lui procurer sa libération, et s'il a payé, par une

(1) Le texte précité de Paul (L. 19, *De nov.*) signale deux autres prétendues dérogations à la règle : 1° soit un mineur de vingt-cinq ans qui s'est obligé sous l'influence d'un dol. S'il se laisse déléguer encore mineur, l'exception *legis Plætoriæ* qu'il avait contre le délégant lui compétera contre le délégataire. Mais cela tient, comme le remarque Paul lui-même, à ce que sa nouvelle obligation est affectée du même vice que la première, ou plus exactement peut-être à ce que, renonçant à une exception, il peut faire annuler sa renonciation à l'aide de l'*in integrum restitutio*. Cette décision n'a donc rien qui déroge au principe général; 2° soit une femme obligée contrairement au sénatus-consulte Velléien. Si le créancier la délègue à un tiers, elle conserve son exception contre le délégataire, et cela, dit Paul, parce que sa seconde promesse constitue une nouvelle *intercessio*. Mais ce motif même ne nous permet pas de voir ici une véritable dérogation à la règle. Du reste, un autre texte qui appartient à Ulpien nous apprend que cette opinion de Paul avait déjà été produite par Julien, et que Marcellus l'avait critiquée. En effet, disait Marcellus, lorsque la femme, déjà engagée par une *intercessio*, fait ensuite une promesse à un délégataire, cette promesse constitue bien moins une nouvelle *intercessio* qu'un payement, et les choses doivent par conséquent se passer comme si elle eût payé le délégant lui-même, c'est-à-dire qu'il faut lui donner contre celui-ci une *condictio*, et non pas contre le délégataire l'exception tirée du sénatus-consulte (L. 8 § 2, *Ad sct. Vell.*, XVI, 1). Ce raisonnement de Marcellus me paraît beaucoup plus juridique et plus fin que celui de Julien et de Paul.

(2) L'erreur évidemment ne doit pas être exigée dans les cas rares où le payement lui-même, quoique fait en connaissance de cause, peut être répété. Tel est celui que prévoit la loi 8 § 2, *Ad sct. Vell.*

condictio certi ou par l'action *mandati* (LL. 12 et 13, *De nov.* — L. 2, C., *De cond. ind.*, IV, 5.).

3° Le délégant est absolument libéré envers le délégataire. Les textes, en effet, expriment de la manière la plus formelle que qui donne un nouveau débiteur à son créancier le paye (L. 8 § 3, *Ad. sct. Vell.* — L. 18, *De fid.*, XLVI, 1) (1). Et la conséquence très claire de cette règle, c'est que l'insolvabilité du délégué, soit qu'elle préexistât à sa promesse ou qu'elle ne se soit produite qu'à une époque ultérieure, n'autorise jamais le délégataire à exercer aucun recours contre son ancien débiteur ; car il a suivi la foi du nouveau, il l'a enu pour bon, et il est comparable au créancier qui, payé, aurait perdu ou dissipé les espèces reçues (L. 26 § 2; L. 45 § 7, *Mand.*, XVII, 1. — L. 68 § 1, *De evict.*, XXI, 2) (2). Et de là l'usage précé-

(1) Je raisonne dans la supposition que la dette du délégant envers le délégataire a même objet que sa créance sur le délégué. Mais le contraire est possible : par exemple Titius me doit cent, et je dois un esclave à Séius. Lorsque Séius délégataire stipule de Titius délégué ce que celui-ci me doit, ma créance est évidemment novée; mais faut-il en dire autant de ma dette? Les principes conduisent à décider négativement, car Séius n'a pas stipulé ce que je lui dois. Dans la réalité je lui ai fait une *datio in solutum* plutôt qu'un payement. Aussi l'analogie permet de conjecturer que l'on discutait si dans l'espèce le délégant se trouvait libéré *ipso jure* ou seulement *per exceptionem*. Mais assurément on ne pouvait que choisir entre ces deux opinions.

(2) Cette règle s'applique-t-elle dans le cas particulier d'une délégation faite *dotis causa* par une femme à son mari? Écartons le cas où le délégué serait déjà insolvable au moment de sa promesse : ici le mari a certainement pris cette insolvabilité à sa charge, donc il doit restituer ce qu'il n'a pas touché. Écartons aussi le cas où le délégué ne s'engage que sous condition et devient insolvable *pendente conditione* : car ici l'exception aux principes de la délégation est certaine, et le mari n'est pas tenu de restituer ce que cette insolvabilité lui a fait perdre (L. 41 § 3, *De jur. dot.*, XXIII, 3). Notre question ne se pose donc qu'autant que le délégué a toujours été ou est aujourd'hui tenu purement et simplement, et que le mari, à tor ou à raison, l'a cru solvable au jour de sa promesse. Or les interprètes sont partagés, et cela tient à ce qu'il y a conflit entre les règles de la restitution de la dot et les règles de la délégation. D'une part, en effet, c'est un principe que le mari ne répond que de son dol et de ses fautes, et ce principe s'applique lorsque la dot a été promise par quelqu'un qui ne devait rien à la femme (LL. 33 et 47, *De jur. dot.*) Pourquoi donc s'en écarter lorsque c'est elle-même qui la fait promettre par son débiteur? D'autre part, on oppose la règle générale d'après laquelle le délégataire est réputé payé par le délégant, et en ce sens on argumente d'un texte où nous lisons qu'un pacte spécial peut mettre aux risques de la femme l'insolvabilité du débiteur qui a promis la dot (L. 6, *De pact. dot.*, XXIII, 4), décision qui prouve bien, dit-on, que régulièrement cette insolvabilité ne pèse pas sur elle. En résumé donc, la question revient à savoir si le délégataire absorbe le mari ou si c'est le mari qui absorbe le délégataire. Je pencherais plutôt pour cette seconde opinion, et alors le pacte prévu par la loi 6, *De pactis dotalibus*, n'aurait d'autre utilité que de prévenir

demment signalé (t. II, p. 531) de la délégation faite aux risques et périls du délégant : en pareil cas, celui-ci a beau être libéré de son obligation antérieure, il répond néanmoins, par l'action *mandati*, de l'insolvabilité du délégué (1). Mais que décider lorsque le délégataire n'était pas créancier du délégant ou pouvait être repoussé par une exception ? La question est évidemment la même que celle qui se pose dans les rapports du délégué et du délégant, et par conséquent celui-ci aura une *condictio* contre le délégataire dans tous les cas où un payement fait en espèces la lui aurait donnée, et cette *condictio* tendra à l'indemniser de la perte de sa créance sur le délégué (L. 8 § 3 *Ad. sct. Vell.* — L. 1 § 11, *Quar. rer. act.*, XLIV, 5) (2).

TRANSITION A L'ACCEPTILATION ET AU *contrarius consensus.*

700. Ces deux modes d'extinction se rattachent à une vieille règle ainsi formulée par Gaius : *quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt* (L. 100, *De reg. jur.*, L, 17). Envisageons-la d'abord dans le dernier état de la législation Romaine. L'acceptilation éteint les obligations nées de la stipulation, et cela en empruntant le mécanisme de ce contrat, car elle s'opère à l'aide d'une interrogation et d'une réponse solennelles. Quant au *contrarius consensus*, il dissout les contrats consensuels encore inexécutés de part et d'autre, et consiste comme eux en un simple accord de volontés. Voilà donc deux classes d'obligations contractuelles que les parties éteignent à leur gré, soit par l'un des deux modes généraux, c'est-à-dire le payement ou la novation, soit par un mode spécial analogue en sa forme à celui qui les a créées. Dans le droit de Justinien, ce sont là, en matière de contrats, les seules applications de notre règle. Mais en remontant à l'époque de Gaius nous voyons les obligations contractées *per æs et libram* s'éteindre aussi *per æs et libram* (Gaius, III, §§ 173 à 175) (3),

toute discussion et toute recherche relativement à la connaissance que le mari a pu avoir de l'insolvabilité du délégué au jour même de la délégation.

(1) Cette responsabilité suppose évidemment que le délégataire est exempt de faute (L. 35, *De reb. cred.*, XII, 1).

(2) On peut combiner deux hypothèses et supposer tout ensemble que le délégué ne devait rien au délégant et celui-ci rien au délégataire. Ici le délégué aura une exception ou une action contre le délégataire lui-même (L. 2 § 4 *De donat.*, XXXIX, 5. — L. 7 § 1, *De dol. mal. et met. exc.*, XLIV, 4).

(3) Ces textes nous apprennent que la solennité *per æs et libram* s'employait pour éteindre les obligations consacrées par une sentence udiciaire et celles qui

et certainement, si les textes anciens nous étaient parvenus en plus grand nombre, ils nous montreraient les obligations littérales s'éteignant elles-mêmes par des écritures semblables à celles qui leur ont donné naissance. C'est donc l'esprit général du droit romain, à l'époque des jurisconsultes, d'avoir pour chaque classe d'obligations contractuelles un mode particulier d'extinction conventionnelle, analogue à celui de leur formation et dont l'emploi n'est que facultatif. Seules, les obligations formées *re* échappent à cette loi, car le mode d'extinction qui y correspond, le payement, sert aussi à éteindre toutes les autres obligations contractuelles ou non contractuelles.

Ainsi entendue, la règle *quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt* facilite l'extinction conventionnelle des obligations, et en ce sens elle est vraiment libérale. Mais le fut-elle toujours? En d'autres termes, en ai-je présenté la signification originaire? Cela est peu probable. Tite-Live (VI, 14) rapporte qu'un centurion, illustré par de hauts faits d'armes, traversait le forum, conduit en prison pour n'avoir point exécuté une sentence de condamnation, lorsque Manlius Capitolinus intervint, acquitta la somme due, et non content de ce payement réel, le fit suivre du payement fictif *per æs et libram*. Que conclure de là, sinon que la numération des espèces n'eût pas suffi à libérer le débiteur? Autrement, le recours à la solennité *per æs et libram* n'aurait été qu'une complication assez inutile (1). Si cette doctrine est vraie dans l'hypothèse d'un *judicatum*, à plus forte raison l'est-elle quand il s'agit d'obligations contractées *per æs et libram*. Ceci admis, je généralise et je dis qu'à l'origine, étant donné une obligation engendrée par un de ces contrats où les effets du consentement sont

résultaient d'un legs par *damnationem* ayant pour objet des choses *quæ numero aut pondere constant*. Pour ces dernières, cela était tout naturel, puisque le testament fut longtemps considéré comme un véritable contrat conclu entre le testateur et le *familiæ emptor* (Gaius II, § 105); ce motif doit même nous faire croire que l'extinction *per æs et libram* fut jadis applicable à toute obligation créée par un testament, et c'est ce que Cicéron confirme (*De leg.*, II, 21). Quant au *judicatus*, comment se fait-il qu'on employât aussi ce mode pour le libérer? Cela tient probablement à quelque analogie inconnue entre les formules de condamnation judiciaire et celle par laquelle le *nexus* s'obligeait.

(1) On a donné une autre explication du passage de Tite-Live. On a dit que le payement fait par Manlius l'avait rendu créancier du centurion, et que c'est cette nouvelle obligation qui avait besoin d'être éteinte *per æs et libram*. Mais il est aisé de répondre que, d'après le récit de Tite-Live, Manlius paraît bien payer comme donateur, et qu'en admettant le contraire, ce n'est pas *per æs et libram* qu'il deviendrait créancier, d'où l'on doit conclure que ce n'est pas non plus par l'emploi de cette forme qu'il pourrait éteindre sa créance.

déterminés et limités par un élément formel, le payement n'était qu'une condition de la libération et non un mode de libération : il permettait au débiteur d'exiger la remise de son obligation, mais cette remise elle-même ne s'opérait que par un recours aux formes dans lesquelles on avait contracté. S'agissait-il donc d'une obligation verbale, une acceptilation devait intervenir. S'agissait-il d'une obligation littérale, il fallait de nouvelles écritures. Jusque-là l'effet du payement restait incomplet : le débiteur avait droit à sa libération, mais il n'était pas libéré. Que de telles idées n'aient rien de trop hardi, j'en trouve la preuve dans un texte où Pomponius nous dit que tout contrat *doit* se dissoudre par le procédé qui l'a créé (L. 80, *De sol.*, XLVI, 3). Cela n'est plus vrai sans doute au temps de Pomponius, et lui-même, expliquant le principe qu'il vient de poser, nous montre fort bien que l'effet du payement ne diffère plus de celui de l'acceptilation. Mais pourquoi cette formule se rencontre-t-elle sous sa plume, si ce n'est comme vestige de la tradition ancienne et comme expression encore vivante d'une règle déjà morte? Au surplus, quand un législateur attribue à certaines formes, à elles seules, la vertu de créer des obligations, quoi de plus naturel que de leur attribuer aussi la même vertu extinctive (L. 35, *De reg. jur.*), et de ne l'attribuer qu'à elles seules? La règle *quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt* ainsi comprise n'est donc que le couronnement logique du formalisme qui présida à la conception générale du système des contrats.

Deux observations doivent être faites si l'on ne veut point exagérer la portée originaire que j'attribue à cette règle : 1° de tout temps le payement fut suffisant pour éteindre les obligations nées d'un contrat réel, d'un contrat consensuel, d'un quasi-contrat ou d'un délit. Pour les obligations formées *re*, cela est évident; car elles résultent d'une tradition, et le payement n'est autre chose qu'une tradition où les rôles sont intervertis. En cette matière il n'est donc, si l'on veut, qu'une application de notre règle, il a la même valeur spéciale que l'acceptilation relativement aux obligations *verbis*. Quant aux obligations consensuelles, rendre le *contrarius consensus* obligatoire, cela eût impliqué, contre tout bon sens, qu'elles ne seraient jamais exécutées. Enfin en ce qui concerne les obligations nées d'un quasi-contrat ou d'un délit, on ne comprend pas même ce que pourrait être le mode d'extinction correspondant au mode de leur formation ; 2° la novation, bien qu'elle s'opère *verbis*, paraît n'avoir jamais été un mode d'extinction spécial aux obligations nées *verbis*. De tout temps elle

fut suffisante pour faire disparaître celles mêmes qui survivaient au payement (1). Sans cela elle n'aurait eu à l'origine qu'une utilité médiocre. Notamment l'on n'aurait pas pu y recourir pour convertir en obligation *verbis* une obligation que l'on voulait faire garantir par une *sponsio* (2).

DE L'ACCEPTILATION.

SOMMAIRE : I. Notion générale de l'acceptilation. — II, De l'acceptilation étudiée dans son objet, dans les personnes qui y figurent, dans les modalités qu'elle comporte, et dans ses effets. — III. De la stipulation Aquilienne.

I. — NOTION GÉNÉRALE DE L'ACCEPTILATION.

Lib. III, tit. XXIX, *Quibus modis obligatio tollitur*, § 1. — Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio : quod enim ex verborum

De même l'obligation s'éteint par une acceptilation. Or, on appelle acceptilation un payement fictif. En effet, si Titius veut faire remise de ce qui lui est dû en vertu d'un con-

(1) En sens contraire, on pourrait être tenté d'alléguer un usage qui nous est révélé par Cicéron (*De leg.*, II, 21). Dans les cas où un légataire partiaire voulait se dérober à la charge des *sacra* sans perdre le bénéfice du legs, il commençait par libérer l'héritier *per æs et libram*. Le legs ainsi anéanti, il en stipulait le contenu et par là recouvrait sa créance, mais sans plus rien devoir ni aux dieux du défunt ni à ses mânes. Or, pourrait-on dire, cet usage implique qu'une stipulation faite *novandi causa* n'aurait pas éteint l'obligation de l'héritier envers le légataire; sinon, pourquoi celui-ci n'aurait-il pas stipulé tout droit *id quod sibi legatum erat?* Je réponds que, selon toute probabilité, une telle stipulation n'eût fait que changer la cause du droit sans en modifier la nature, ou en d'autres termes qu'elle aurait laissé le légataire soumis à la charge des *sacra*. Mais conclure du texte de Cicéron qu'il y eut une époque où la novation n'éteignait pas toute espèce de créances, cela serait d'autant moins légitime que cet écrivain prétend constater une pratique actuelle, et cela à une époque où certainement le domaine de la novation était tout aussi large qu'à l'époque classique, ainsi que le prouverait au besoin la formule de la stipulation Aquilienne, antérieure de plusieurs années au traité *de Legibus*.

(2) Je n'ai considéré la règle *quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt* que dans son application aux obligations. Mais elle a certainement une portée plus large. D'abord on peut dire d'une manière générale qu'il y a corrélation entre la façon dont nos droits s'établissent et la façon dont ils disparaissent; ainsi, comme le fait remarquer Paul (L. 153, *De reg. jur.*), nous perdons la propriété par les mêmes modes qui nous la font acquérir. Ainsi encore, le mariage se forme et se dissout par le consentement; l'homme libre devient esclave *captivitate*, et le captif redevient libre en s'échappant; de même, autrefois la liberté pouvait s'acquérir *censu*, et elle était perdue pour l'*incensus*. En second lieu, on peut dire aussi que partout où un acte solennel est nécessaire pour donner effet à la volonté de l'homme,

obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri ut patiatur hæc verba debitorem dicere : *quod ego tibi promisi, habes ne acceptum?* et Titius respondeat : *habeo*. Sed et græce potest acceptum fieri, dummodo sic fiat ut latinis verbis solet : ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών. Quo genere, ut diximus, tantum eæ solvuntur obligationes quæ ex verbis consistunt, non etiam ceteræ; consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem aliis posse verbis dissolvi. Sed et id quod ex alia causa debetur potest in stipulationem deduci, et per acceptilationem dissolvi. Sicut autem quod debetur pro parte recte solvitur, ita in partem debiti acceptilatio fieri potest (Gaius, III, §§ 169, 170 et 172).

trat verbal, il pourra le faire en laissant prononcer par le débiteur les paroles suivantes : *ce que je t'ai promis, le tiens-tu pour reçu?* et en répondant lui-même : *oui*. Mais l'acceptilation peut aussi se faire en grec, pourvu que les mots employés correspondent aux mots latins. Ce procédé, nous l'avons déjà dit, ne dissout que les obligations verbales, et non les autres; en effet, on a trouvé logique que l'obligation formée par des paroles pût se dissoudre par d'autres paroles. Mais ce qui est dû en vertu d'une autre cause peut être stipulé, et alors la dette peut s'éteindre par acceptilation. Du reste, de même qu'on paye valablement une partie de ce qui est dû, de même aussi l'on peut faire une acceptilation partielle.

701. Un débiteur adresse cette question à son créancier : *quod ego tibi promisi, acceptumne habes?* et celui-ci lui répond : *habeo*, ou *habeo acceptumque tuli*. Voilà l'idée que Gaius (III, § 169) et Justinien (§ 1 *sup*. et § s.) nous donnent de l'acceptilation, et c'est assez pour en faire ressortir les formes principales, en circonscrire le domaine, et montrer qu'elle exprime la fiction d'un payement.

Des formes de l'acceptilation. — Il est d'abord évident qu'elle consiste, comme la stipulation, en une interrogation et une réponse; seulement les rôles sont renversés, c'est le débiteur qui interroge et le créancier qui répond (1). Evidemment aussi la conception de l'interrogation ne saurait être plus libre ici qu'en matière de stipulation ; au début la seule forme admise dut être celle-ci : QUOD SPOPONDI ACCEP-

la révocation de cet acte implique régulièrement l'usage de semblables solennités. C'est ainsi que la *manus* établie par *confarreatio* ne se dissolvait volontairement que par une *diffarreatio* ; qu'anciennement un legs ne pouvait être révoqué ou transféré que par une formule semblable à celle dans laquelle il avait été fait; que le testament lui-même n'était révoqué que par un autre testament; et qu'une chose sacrée ne perdait ce caractère que par une solennité inverse de la *consecratio*.

(1) C'est pourquoi Modestin dit que l'acceptilation se fait *per mutuam interrogationem* (L. 1, *De accept*., XLVI, 4).

TUMNE HABES? et pendant longtemps sans doute l'emploi de la langue latine fut obligatoire. Enfin il est certain que la réponse dut être, dans la forme comme dans le fond, adéquate à l'interrogation, et s'y rattacher sans solution de continuité sérieuse. Mais à mesure que la stipulation se débarrassa de ce formalisme, l'acceptilation elle-même en fut affranchie par voie de conséquence : dès l'époque classique, le choix des expressions, sans être absolument libre, est devenu beaucoup plus large (LL. 7 et 9, *De accept.*, XLVI, 3) ; l'usage d'une langue étrangère est permis, et à l'exception de la forme *quod spopondi*, l'acceptilation appartient au droit des gens (L. 8 § 4, *De accept.*) (1). Puis quand, en l'année 469, les solennités de paroles eurent été supprimées, il ne resta de toutes les règles antérieures que la nécessité d'une interrogation et d'une réponse concordantes au fond et se reliant en un seul tout (n° 497).

A. Jusqu'à présent, et sauf le renversement nécessaire des rôles, l'acceptilation se confond, quant aux formes, avec la stipulation. Mais elle a aussi, ou du moins elle eut pendant longtemps ses exigences propres, je veux dire que dans chaque cas particulier l'interrogation adressée au créancier devait être calquée sur la formule que lui-même avait employée pour stipuler, et cela veut dire deux choses : d'abord le débiteur devait reproduire le verbe même dont le créancier s'était servi, et par exemple si l'obligation avait été contractée dans la forme *spondes*, l'acceptilation était demandée en ces termes : *quod tibi spopondi*, et non pas *quod promisi, acceptum ne habes?* En second lieu, il ne suffisait pas que l'objet de l'acceptilation fût identique à celui de la stipulation ; il fallait que cette identité apparût à première vue, et cela par une désignation de la chose faite soit dans les termes mêmes où elle avait été promise, soit en cette formule : *quod promisi, quod spopondi* (2). Du reste, la première de ces deux

(1) Cette dernière proposition pourrait sembler contredite par Pomponius (L. 107, *De sol.*), lorsqu'il présente l'acceptilation comme un mode d'extinction qui opère *civiliter*. Mais cela signifie qu'elle est une pure création de la loi, et non pas qu'on en refuse l'usage aux pérégrins.

(2) On fera ici deux observations : 1° l'acceptilation n'est pas viciée parce qu'à côté de la chose due elle en mentionne une autre qui ne l'est pas (L. 15, *De accept.*); 2° plusieurs obligations peuvent s'éteindre par une seule acceptilation, et même, dans le cas où la question est ainsi conçue *id quod tibi promisi acceptumne habes?* si l'on ne voit pas à quelle obligation elle s'applique, on tient le débiteur pour libéré de toutes celles qu'il avait pu contracter par voie de promesse (L. 6, *De accept.*). Cette largeur d'interprétation témoigne qu'on est plus favorable aux libérations qu'aux obligations (L. 47, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

règles apparaît à peine au Digeste (L. 14, *De accept.*), et les jurisconsultes de l'âge classique s'écartent de la seconde sans beaucoup de scrupule (L. 27 § 6, *De pact.* — L 13 § 4, *De accept.*) (1).

Du domaine de l'acceptilation. — A raison de sa forme et par application de la règle *quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt*, l'acceptilation ne devrait éteindre que les obligations contractées par voie de stipulation, et tel fut certainement le droit primitif. Mais après discussion les jurisconsultes décidèrent qu'elle éteindrait aussi les obligations nées de la *dotis dictio* ou du *jusjurandum liberti* (L. 13 pr., *De acccept.*). De sorte que finalement elle s'applique à toute espèce d'obligations verbales. Malgré cette interprétation large, la règle demeure étroite ; sans doute, lorsque le débiteur principal a fourni un *adpromissor*, l'acceptilation que lui-même ne demanderait pas valablement peut être faite à ce dernier ; et comme elle ne libère jamais l'un des débiteurs sans libérer aussi les autres, il en résulte que l'obligation principale est elle-même éteinte (L. 13 § 7, *De accept.*). Mais cela encore ne suffit pas aux besoins de la pratique. Car l'acceptilation peut être nécessaire ou utile dans bien des cas où la dette principale n'est garantie par aucun *adpromissor*. Heureusement, les parties trouvent dans la novation un moyen commode de transformer une obligation quelconque en obligation verbale (§ 1 *sup.*), et dès lors, à regarder au fond des choses, on peut dire que l'acceptilation a véritablement la portée d'un mode d'extinction général.

702. *L'accceptilation exprime un payement fictif.* — Cette idée nous conduit à rechercher quelle peut être l'utilité pratique d'un tel mode de libération. Car dans l'usage ce que les créanciers veulent, ce sont des payements réels, et non point fictifs. Qu'au besoin donc et dans des cas rares, l'acceptilation serve à réaliser une donation, plus d'un texte le prouve (L. 2, C., *De accept.*, VIII, 44. — L. 10 § 13, *Mand.*, XVII, 1. — L. 17, *De donat.*, XXXIX, 5. — L. 25 pr., *Quæ in fraud.*, XLII, 8) ; mais si c'était là sa seule ou sa principale fonction, les jurisconsultes en parleraient beaucoup moins et ne lui donneraient qu'une importance bien secondaire. Il faut donc comprendre com-

(1) Supposez que, la dette étant alternative ou ayant pour objet un *genus*, le débiteur détermine individuellement la chose dont il demande acceptilation ; à coup sûr son interrogation n'est pas calquée sur sa promesse, et cependant l'acceptilation vaut et emporte pleine libération. Telle est la décision des deux textes cités. Mais nous aurons à voir si elle s'applique, quelle ue soit celle des parties à qui le choix appartient (n° 703 *in fine*).

ment elle peut intervenir à titre onéreux. Or, cela est tout à fait simple si nous remontons à l'époque où, les obligations verbales ne s'éteignant que *verbis*, elle était la suite nécessaire et comme le complément du payement. Mais plaçons-nous dans la jurisprudence classique, et là encore nous trouverons qu'elle répond à de nombreux besoins : 1° le débiteur qui prétend avoir payé doit prouver le fait du payement. Sans doute il a pu se procurer une quittance (*apocha*) ; mais la sincérité même de cette quittance ne sera-t-elle pas contestée ? et en admettant qu'elle ne le soit pas, le créancier ne pourra-t-il pas prétendre que le payement n'a point été translatif de propriété ? Eh bien ! une acceptilation prouvée supprimera tout débat, soit sur la réalité du payement, soit sur la translation de propriété. Car on ne se préoccupe pas plus de la cause d'une acceptilation que de celle d'une stipulation ; la puissance des paroles solennelles suffit à délier le débiteur comme elle avait suffi à le lier. Aussi les textes prouvent-ils qu'en fait l'acceptilation concourait souvent avec un payement réel (L. 19 § 1, *De accept.* — LL. 6 et 13, C., *De sol.*, VIII, 43) (1) ; 2° il y a beaucoup de cas où un débiteur a le droit d'exiger sa libération. Par exemple elle lui a été léguée (n° 390), elle lui est due en vertu d'une décision judiciaire (L. 6 § 9, *Comm. div.*, X, 3), ou si l'on aime mieux, sa promesse n'a jamais eu de cause ou a perdu sa cause originaire, ou encore elle a été déterminée par une crainte assez forte pour donner lieu à l'action *quod metus causa* (L. 10 § 1, *De pact.*, II, 14. — L. 9 § 7, *Quod met. caus.*, IV, 2. — L. 12 § 2, *De pact. dot.*, XXIII, 4. — L. 2 § 4, *De donat.*). Puisque dans tous ces cas la loi tient le promettant pour lié par la seule puissance des paroles prononcées, et qu'une simple convention ne le libérerait pas de plein droit, il faut bien qu'il demande une acceptilation ; 3° supposez qu'un créancier consente à changer l'objet de sa créance ou à remplacer son débiteur par un autre. On a vu que de ces deux résultats le premier ne saurait être obtenu à l'aide d'une novation ; le second le peut sans doute, mais en fait les parties ne sont peut-être pas encore fixées sur le choix du nouveau débiteur, ou bien son absence empêche qu'on ne l'interroge dès à présent. Dans cette situation, une acceptilation éteindra de plein droit l'ancienne obligation et en fera naître une autre qui consistera à fournir ou l'objet désigné ou le nouveau débiteur. En d'autres termes, nous

(1) Si au lieu d'un payement l'on suppose une *datio in solutum*, l'utilité de l'acceptilation se comprend mieux encore ; car le débiteur est désormais certain qu'un juge même proculien le tiendra pour libéré de plein droit.

aurons dans ces deux espèces un contrat innommé (L. 9, *De præscr. verb.*, XIX, 5), et d'une manière plus générale l'acceptilation faite *ob rem* donne toujours naissance à un contrat de ce genre ; la transaction en est un remarquable exemple ; 4° l'acceptilation sera quelquefois l'équivalent d'une dation. C'est bien ainsi qu'on l'envisage lorsqu'elle est faite *donandi causa* (L. 49, *De jur. dot.*, XXIII, 3). Mais ce cas n'est pas le seul. Supposez que mon débiteur se marie ; ne puis-je pas lui faire acceptilation *dotis causa ?* Les textes sont formels en ce sens (n°s 225 et 311 *in fine*). Pareillement, si quelqu'un veut m'emprunter l'argent qu'il m'a promis, pourquoi l'acceptilation ne réussirait-elle pas à convertir sa promesse en un prêt, de même que nous avons vu la stipulation convertir l'obligation née d'un prêt en obligation verbale (n° 588 *in fine*) ? De tout cela il résulte que l'acceptilation peut servir de cause à une *conditio certi* (LL. 4 et 10, *De cond. caus. dat.*, XL, 4).

II. — DE L'ACCEPTILATION ÉTUDIÉE DANS SON OBJET, DANS LES PERSONNES QUI Y FIGURENT, DANS LES MODALITÉS QU'ELLE COMPORTE, ET DANS SES EFFETS.

703. *Quel est l'objet de l'acceptilation.* — Comme au fond l'acceptilation s'analyse en un payement fictif, son objet, par la force des choses, doit ou se confondre avec l'objet de l'obligation à éteindre ou s'y trouver compris. Telle est la vraie règle du droit classique. Mais dans le principe on s'était montré beaucoup plus exigeant : on voulait que l'objet de l'acceptilation fût absolument identique à celui que le créancier aurait pu être forcé de recevoir (L. 13 § 4, *De accept.*) Et de là trois conséquences, dont la première seule a passé dans le droit définitif : 1° comme l'acceptation d'une *datio in solutum* n'est jamais que facultative pour le créancier, la mention de l'objet dû ne saurait être remplacée dans la formule de l'acceptilation par la mention d'un autre objet. A cet égard, tout prouve qu'on resta jusqu'au bout fidèle à la règle ancienne, et en effet s'en écarter n'eût été qu'une bizarrerie absolument dépourvue d'avantages pratiques; 2° le créancier ayant pleine liberté de refuser l'offre d'un payement partiel, on en conclut d'abord que l'acceptilation elle-même ne pourrait pas être faite pour partie (1); conclusion assurément déraisonnable,

(1) Le principe même qui engendra cette doctrine dut la limiter à un double point de vue : 1° lorsque le créancier ou le débiteur était mort laissant plusieurs

car, puisqu'il n'y a pas d'acceptilation sans la volonté du créancier, on cherche en vain pourquoi, libre comme il l'est d'agréer un payement partiel fait en espèces, il perdrait cette liberté quand il s'agit d'un payement fictif. Aussi dès l'époque de Gaius on commençait à abandonner cette vieille doctrine; la validité de l'acceptilation partielle faisait l'objet d'un débat sur lequel à la vérité il n'ose prendre parti (III, § 172); mais Justinien ne la met plus en doute, et les textes insérés dans sa compilation laisseraient à peine soupçonner la controverse (1). Dans ce dernier état du droit, il n'y a plus que les obligations indivisibles qui, par la force des choses, ne comportent pas d'acceptilation pour partie (L. 13 § 1, *De accept.*) (2); 3° lorsque dans une dette alternative ou de genre le choix appartient au débiteur,

héritiers, l'un d'eux pouvait certainement consentir ou demander une acceptilation restreinte à sa part; 2° de même l'acceptilation devait être admise à l'égard du reliquat d'une dette déjà acquittée pour partie.

(1) On en trouve une faible trace dans un texte de Pomponius (L. 10, *De accept.*), d'où l'on peut induire que c'est dans les dettes d'argent, et plus généralement peut-être dans les dettes de genre que l'on admit d'abord l'acceptilation partielle. Le jour où elle fut autorisée par tout le monde et sans distinction d'hypothèses, il devint très important de ne pas confondre *pars et aliud* (L. 13 §§ 2 et 3, *De accept.*).

(2) Il y a un cas où l'on se montre plus facile pour l'acceptilation partielle que pour le payement partiel. Supposez en effet que je vous doive à mon choix dix sous d'or ou un esclave. On a déjà vu (t. II, p. 694, note 3) que le payement réel de cinq sous d'or ne me procurerait pas ma libération immédiate même pour moitié; eh bien! par une acceptilation portant déterminément sur cinq sous d'or, je l'obtiens, et le créancier ne peut plus me demander que cinq sous d'or ou la moitié d'un esclave. C'est Julien qui donne cette décision (L. 17, *De accept.*), bien que sur l'effet du payement réel il professât la doctrine de tout le monde (L. 34 § 10, *De sol.*). N'y a-t-il pas là une bizarrerie, et, comme on l'a dit, une contradiction? Pour répondre, il faut analyser avec soin la décision de Julien : or elle signifie d'abord que dans l'espèce l'acceptilation demandée pour cinq sous d'or seulement aura le même effet que si elle était demandée alternativement pour cinq sous d'or ou pour la moitié d'un esclave, et cela n'a rien que de raisonnable. Mais elle signifie de plus que le débiteur pourra désormais s'acquitter en donnant à son choix ou cinq sous d'or ou la moitié d'un esclave. Cela encore paraîtra raisonnable si l'on suppose que l'acceptilation partielle a été faite à titre gratuit; mais si on la suppose précédée d'un payement réel de cinq sous d'or, on arrive à cette conséquence que le débiteur donnant ensuite la moitié d'un esclave se libérera, et qu'ainsi le créancier n'aura pas ce qu'il devait avoir aux termes du contrat. Voilà ce qui est bizarre, mais cette bizarrerie se présenterait tout aussi bien si l'acceptilation avait porté sur les deux choses comprises dans l'alternative. Ce qu'il faut critiquer, ce n'est donc pas la décision particulière de la loi 17, c'est la doctrine générale qui, dans l'hypothèse d'une obligation alternative, donne plus d'effet à l'acceptilation partielle qu'au payement partiel. Au surplus, cette doctrine s'explique assez bien, si l'on songe qu'en principe les Romains ne se préoccupent pas de la cause de l'acceptilation, ce qui implique que, gratuite ou non, elle se ressemble toujours dans ses effets.

il peut dans son interrogation déterminer la chose dont il demande acceptilation ; mais le peut-il encore lorsque le créancier s'est réservé le choix? La négative dut d'abord être admise au nom de cette même logique qui repoussait l'acceptilation partielle. Mais ici encore il est bien probable que le bon sens finit par l'emporter, et que la validité de l'acceptilation prévalut; car le créancier, par cela même qu'il consent à répondre à l'interrogation, s'approprie le choix du débiteur (L. 27 § 6, *De pact.*, II, 14) (1).

704. *Quelles personnes peuvent figurer dans l'acceptilation.* — Cette question est résolue par la formule que Gaius et Justinien nous ont transmise. C'est le débiteur lui-même qui interroge, c'est le créancier lui-même qui répond. Donc il n'y a que ces deux personnes qui figurent valablement dans une acceptilation; par où l'on voit tout de suite que ce mode d'extinction est d'une application plus difficile que le payement. Mais du moins allons-nous dire que, soit pour le créancier, soit pour le débiteur, il y ait corrélation exacte entre la capacité qu'exige la participation à un payement et la capacité de consentir ou de recevoir une acceptilation? Il y aurait là une double erreur. D'une part, en effet, la femme en tutelle, quoique capable de recevoir seule un payement, ne peut jamais faire seule une acceptilation (Gaius, II, § 85); d'autre part, tout débiteur qui n'est ni fou ni *infans* peut, quoique incapable de payer, recevoir une acceptilation; tel est par exemple le cas du pupille non autorisé (L. 2, *De accept.*). Que si l'on se montre ici tout ensemble un peu plus sévère et beaucoup plus indulgent qu'en matière de payement, la raison en est simple : c'est que l'acceptilation, n'étant qu'un payement fictif, contient par cela même, et à moins que d'autres opérations n'en modifient les effets, un danger pour le créancier et un avantage pour le débiteur.

La règle qui exclut de l'acceptilation toute personne étrangère au rapport de droit qu'il s'agit d'éteindre est fort gênante quand l'un

J'ajoute que fort probablement les dettes de genre devaient être traitées ici comme les dettes alternatives.

(1) Ce texte vise spécialement l'hypothèse d'une dette alternative au choix du débiteur, et au premier aspect cela semble contrarier la conclusion que j'en tire. Mais un peu de réflexion va montrer qu'il n'en est rien. En effet le texte dit que le payement, la demande ou l'acceptilation de l'une des choses comprises dans l'alternative anéantissent l'obligation tout entière. Or, assurément, cet effet appartient bien au payement et à la demande, alors même que le créancier s'est réservé le choix. Donc dans la même espèce il appartient aussi à l'acceptilation, puisqu'elle est mise sur la même ligne que le payement et la demande.

des intéressés est fou ou *infans*, car elle empêche l'intervention du tuteur ou du curateur; elle n'est pas moins gênante si l'une des parties est absente, muette ou sourde, car l'acceptilation suppose, comme la stipulation, la présence de deux personnes qui parlent et entendent. Heureusement le droit commun fournit ici une double ressource : 1° toute personne capable de nover la créance ou la dette d'autrui pourra, usant de ce procédé, transporter le droit ou l'obligation en sa propre personne, et, cela fait, consentir ou recevoir l'acceptilation en son propre nom. Supposons donc l'opération faite par un tuteur ou un curateur, il n'y a plus qu'à examiner si elle est avantageuse au pupille ou à la personne en curatelle; faite par un mandataire, il suffit qu'elle n'excède pas son mandat; enfin, lorsqu'il s'agit d'un gérant d'affaires, l'acte n'opère qu'autant qu'il a pour but de soustraire le maître à une obligation, non de lui enlever une créance (L. 3; L. 13 § 10, *De accept.*); 2° les personnes *alieni juris* peuvent obtenir acceptilation des obligations contractées par le père de famille (1), car en cela elles rendent sa condition meilleure (LL. 63 et 71 § 2, *De sol.*) (2). Mais en sens inverse il leur est impossible, même en vertu d'un ordre formel, de faire une acceptilation qui libère ses débiteurs (L. 22, *De accept.*) (3).

705 *a. Des modalités que l'acceptilation comporte.* — L'apposition expresse d'un terme ou d'une condition quelconque vicie l'acceptilation (*Fr. Vat.*, § 329), ce que les jurisconsultes expliquent par la ressemblance de cet acte avec le payement (LL. 4 et 5, *De*

(1) Dans ce cas la formule de l'interrogation est très probablement modifiée. Elle doit être ainsi conçue : *quod dominus* ou *quod pater meus tibi promisit*, etc. Du reste, quand l'esclave ou le fils de famille ont contracté eux-mêmes, ils peuvent aussi obtenir une acceptilation. Mais alors ils la demandent évidemment en leur propre nom, et si elle libère le père de famille des obligations honoraires dont il peut être tenu, ce n'est que par voie de conséquence et par application d'une règle que nous retrouverons bientôt (L. 8 § 4; L. 11 § 1 *De accept.* — n° 706).

(2) Relativement aux esclaves communs, soumis à un droit d'usufruit ou d'usage, ou compris soit dans une hérédité, soit dans les biens d'un captif, on applique ici les mêmes principes que s'il s'agissait de l'acquisition d'un droit de propriété ou de créance (n° 697). Mais on remarquera que dans le cas particulier d'un esclave grevé d'un droit d'usufruit ou d'usage, l'acceptilation qu'il reçoit d'une dette dont l'usufruitier ou l'usager est tenu opère toujours ; car elle est assimilée à une acquisition *ex re eorum*. Par la même raison, l'esclave commun recevant acceptilation d'une dette qui grève l'un de ses maîtres seulement le libère toujours (L. 8 §§ 1 et 2; L. 11 pr., §§ 2 et 3, *De accept.*).

(3) Vainement ces personnes recourraient-elles ici au détour d'une novation préalable. La promesse qui leur serait faite ne pouvant être acquise qu'au chef de famille, l'acceptilation resterait impossible.

accept.). Plus clairement voici leur pensée : le créancier affirme avoir reçu ce qui lui est dû; or on reçoit ou on ne reçoit pas, mais il est impossible de présenter un fait comme accompli et en même temps de le donner pour futur ou incertain (1). Quelque formaliste et étroite que cette règle puisse paraître, dans la pratique elle n'a rien de gênant; car l'acceptilation comporte toute espèce de termes ou de conditions tacites, c'est-à-dire que pour assurer la validité de l'acte il suffit de ne point insérer ces modalités dans la formule de l'interrogation solennelle (L. 77, *De reg. jur.*); mais on peut sans difficulté les exprimer dans un acte distinct, et il faut le faire toutes les fois qu'elles ne résultent pas évidemment des circonstances ou ne sont pas sous-entendues par la force des choses. L'acceptilation à terme devait être d'un usage rare, et je n'en dirai rien. Mais l'acceptilation conditionnelle paraît avoir été beaucoup plus pratique (2). Elle est soumise à trois règles empruntées au droit commun : 1° la libération du débiteur ne s'opère qu'au moment même de l'arrivée de la condition (L. 12, *De accept.*). D'où cette conséquence, que, la chose ayant antérieurement péri par cas fortuit, l'acceptilation ne peut se réaliser faute d'objet. Mais qu'importe, dira-t-on, si le débiteur n'en est pas moins libéré? Cela importe fort dans le cas particulier où l'acceptilation aurait été faite *ob rem*, c'est-à-dire en vue de donner naissance à un contrat innommé; en effet ce contrat ne se formerait pas, puisque c'est à un pur accident, et non point au fait de son créancier, que le débiteur devrait d'être libéré (3); 2° lorsque

(1) On remarquera que le payement peut être conditionnel ou à terme (L. 16, *De sol.*). Mais la remise matérielle qu'il suppose est nécessairement pure et simple. Donc, tout ce que l'on veut dire, c'est que les parties sont libres de reculer ou de suspendre soit tout ensemble l'effet translatif et l'effet libératoire de cette remise, soit seulement l'effet libératoire.

(2) L'exemple le plus frappant se rencontre lorsque la dette qu'on veut éteindre est elle-même conditionnelle. Une acceptilation pure et simple serait inintelligible en pareil cas. Mais faut-il dire qu'appliquée à une dette à terme l'acceptilation sera par cela seul affectée du même terme? Bien que cette doctrine paraisse résulter d'un texte de Pomponius (L. 12, *De accept.*), je n'hésite pas à la rejeter. Une dette à terme s'éteint immédiatement par le payement, par la novation, par la *litis contestatio* : pourquoi donc l'acceptilation aurait-elle moins de force? Aussi croirais-je volontiers que Pomponius songe ici à une condition exprimée sous la forme d'un terme. J'ai déjà signalé la probabilité d'une semblable confusion dans un autre texte de ce jurisconsulte (t. II, p. 602, note 1).

(3) Ulpien (L. 13 § 6, *De accept.*) cite une autre espèce dans laquelle il n'est pas sans intérêt de constater que la condition s'accomplit inutilement après la perte fortuite de la chose. Supposez qu'ayant stipulé sous condition dix ou Stichus, je fasse *pendente conditione* une acceptilation qui s'applique à Stichus seul. Puis

l'acceptilation conditionnelle s'applique à une dette déjà exigible, elle contient implicitement la concession d'un terme dont l'effet doit durer aussi longtemps que la condition restera en suspens (1); et de là je conclus qu'elle a les mêmes effets immédiats qu'une stipulation conditionnelle faite *novandi causa* (t. II, p. 707 et 708); en d'autres termes, elle rend pour l'avenir une mise en demeure impossible, et purge, s'il y a lieu, la demeure antérieure; 3° la condition une fois accomplie rétroagit ici comme dans les contrats (L. 16, *De sol.*), et par conséquent elle n'opère que relativement aux dettes dont la naissance remonte ou est réputée remonter au moins au jour de l'acceptilation. Supposons donc qu'un legs conditionnel m'ait été laissé ou que je compte prêter de l'argent à Titius : l'acceptilation faite dès à présent soit à l'héritier, soit au futur emprunteur, restera sans force nonobstant l'arrivée de la condition ou la réalisation du prêt, car leur obligation une fois née ne rétroagit pas; faite au contraire à leur fidéjusseur, les mêmes évènements la rendraient efficace en ce qui le concerne, car son obligation, une fois certaine, sera réputée antérieure à l'acceptilation (L. 13 §§ 8 et 9, *De accept.* — T. II, p. 297, note 2; p. 298, note 3).

706. *Effets de l'acceptilation.* — C'est ici surtout que l'on a raison d'assimiler l'acceptilation au payement. Comme lui, elle éteint l'obligation *ipso jure*, soit pour le tout, soit pour la portion à laquelle elle s'applique. Comme lui, elle opère non seulement dans les rapports des parties entre elles, mais aussi à l'égard des autres intéressés qui n'y ont point participé. Bien analysée, cette seconde formule contient les propositions suivantes : 1° toutes les fois que plusieurs créanciers ont stipulé la même chose, de telle façon que le payement reçu par l'un d'eux ne puisse laisser subsister le droit des autres, l'acceptilation consentie par l'un d'eux libère le débiteur à l'égard de tous. La corréalité active et l'adstipulation nous offrent deux applications de

ce même Stichus meurt, et la condition arrive. Je peux, dit Ulpien, demander dix; en effet, pour que la condition opérât, il faudrait qu'à son arrivée Stichus vécût encore, et alors l'acceptilation supprimant l'obligation relativement à lui, elle la supprimerait par contre-coup relativement à la somme de dix. Mais elle ne peut pas opérer directement sur cette somme qu'elle n'a pas eu pour objet. La même décision devrait être donnée si, modifiant en un point l'hypothèse prévue par Ulpien, nous supposions, au lieu d'une dette alternative, une dette de genre. Du reste, en l'un et l'autre cas, il est fort probable que l'arrivée de la condition permettait au débiteur de se retrancher derrière une exception *pacti conventi*.

(1) Cette idée ressort d'un texte difficile que j'ai déjà eu l'occasion de signaler (L. 72, *De fid.*, XLVI, 1. — T. II, p. 351, note 2).

cette règle (t. II, p. 324 et 345); 2° toutes les fois que plusieurs débiteurs ont promis la même chose, de telle façon qu'un seul payement doive les libérer tous ensemble, le même effet s'attache à l'acceptilation obtenue par l'un d'eux. Nous avons vu cette règle appliquée dans la corréalité passive et dans l'*adpromissio* (t. II, p. 324 et 377); 3° partout où il y a plusieurs débiteurs qu'un seul payement libérerait tous, il suffit que l'un d'eux soit obligé par voie de promesse verbale pour que l'acceptilation qui lui est faite libère aussi les autres. Soit par exemple une obligation principale née d'un *mutuum* ou d'une vente et garantie par un fidéjusseur: l'acceptilation faite à ce dernier libère le débiteur principal qui n'eût pu la demander lui-même. A l'inverse, supposons qu'à une obligation *verbis* s'ajoute la garantie d'un *mandatum pecuniæ credendæ* ou d'un constitut fait par un tiers: l'acceptilation obtenue par le débiteur principal opère au profit du *mandator* et du constituant qui n'eussent pu l'obtenir eux-mêmes (L. 13 § 7; L. 16 pr. et § 1, *De accept.*). De même, quand un esclave ou un fils de famille reçoivent acceptilation de la promesse qu'ils ont faite, le père de famille se trouve libéré par contre-coup des obligations honoraires dont il pouvait être tenu accessoirement (L. 8 § 4; L. 11 § 1, *De accept.* — L. 5 § 3, *De lib. leg.*, XXXIV, 3) (1); 4° lorsque l'obligation éteinte par acceptilation était garantie par des droits de gage ou d'hypothèque: ces droits s'éteignent par voie de conséquence, de sorte que, dans le cas d'un gage proprement dit, le créancier est immédiatement tenu de restituer par l'action *pignoratitia directa*, et que, dans le cas d'une hypothèque, il perd aussitôt les actions Servienne et quasi-Servienne (LL. 11 § 2, *De pign. act.*, XIII, 7. — L. 49, *De sol.* — n[os] 288 et 599) (2).

(1) A l'égard des esclaves, une difficulté s'élève ici. Comment se fait-il que, leurs promesses n'ayant, comme on l'a vu (n° 506 *in fine*), d'autre valeur que celle d'un pacte, l'acceptilation s'y applique néanmoins ? La réponse me paraît facile à fournir. Puisque l'esclave qui fait une promesse est réputé ne faire qu'un pacte, l'acceptilation relative à cette promesse doit être tenue elle-même pour l'équivalent d'un simple pacte *de non petendo*. Or c'est une règle qu'un tel pacte suffit à éteindre *ipso jure* les obligations naturelles (L. 95 § 4, *De sol.*). Voilà pourquoi l'acceptilation fait de plein droit disparaître la promesse de l'esclave, et cela admis, la libération du père de famille lui-même est chose forcée.

(2) J'ai supposé une acceptilation de tous points régulière. Que décider lorsqu'elle ne l'est pas ? En règle générale, et sauf les cas tout à fait exceptionnels où le consentement réciproque ferait défaut, l'acceptilation irrégulière contient du moins un pacte *de non petendo*. La question revient donc à savoir si ce pacte pro-

III. — DE LA STIPULATION AQUILIENNE.

Lib. III, tit. XXIX, § 2. — Est prodita stipulatio quæ vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulationem deducatur, et ea per acceptilationem tollatur; stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes, et a Gallo Aquilio ita composita est : « Quidquid te mihi « ex quacumque causa dare, facere « oportet, oportebit, præsens, in « diemve, quarumque rerum mihi « tecum actio, quæque abs te petitio, « vel adversus te persecutio est, « eritve, quodve tu meum habes, « tenes, possides, dolove malo fecisti « quominus possideas : quanti quæque earum rerum res erit, tantam « pecuniam dari stipulatus est Aulus « Agerius, spopondit Numerius Ne- « gidius. Item ex diverso Numerius « Negidius interrogavit Aulum Age- « rium : quidquid tibi hodierno die « per Aquilianam stipulationem « spopondi, id omne habesne ac- « ceptum ? Respondit Aulus Agerius : « habeo, acceptumque tuli. » (Florent., L. 18 § 1, *De accept.*, XLVI, 4).

Une formule de stipulation, vulgairement appelée Aquilienne, a été proposée, par laquelle toute obligation, quel qu'en soit l'objet, peut être déduite en une stipulation, puis éteinte par voie d'acceptilation ; en effet la stipulation Aquilienne nove toutes les obligations. Voici les termes dans lesquels elle a été conçue par Gallus Aquilius : « Pour toutes « les obligations de donner ou de « faire que tu as ou auras envers moi, « présentement ou à terme, en vertu « d'une cause quelconque ; pour « toutes les actions personnelles, « réelles ou extraordinaires (1) dont « tu es ou seras tenu envers moi; « pour toutes les choses miennes que « tu as, détiens, possèdes, ou par dol « as cessé de posséder; pour toutes « ces choses, Aulus Agérius a stipulé « qu'il lui serait donné une somme « d'argent équivalente, Numérius « Négidius l'a promis. Puis à son « tour, Numérius Négidius a interrogé Aulus Agérius en ces termes : « tout ce que je t'ai promis aujour- « d'hui par la stipulation Aqui- « lienne, le tiens-tu pour reçu? Oui, « et je l'ai porté comme tel. »

duira libération *per exceptionem*. Je réponds oui, toutes les fois que la nullité de l'acceptilation tient directement ou indirectement à un simple vice de forme, par exemple lorsqu'on l'applique à une obligation qui n'est pas née *verbis*, lorsqu'on y insère expressément une condition, ou lorsqu'elle est consentie par un mandataire qui a négligé de recourir au détour préalable d'une novation (L. 27 § 9, *De pact.* — L. 8 pr.; L. 19 pr., *De accept.*). Mais je répondrais non, si la nullité se rattachait à l'incapacité ou au défaut de pouvoir de l'une des parties.

(1) Pour justifier ma façon de traduire les mots *actio*, *petitio*, *persecutio*, voir la loi 178 § 2, *De verb. sign.* (L, 16).

707. L'étude de la stipulation Aquilienne complétera tout ensemble et la théorie de la novation et celle de l'acceptilation, à laquelle Justinien la rattache plus particulièrement. Grâce à elle, on va voir s'élargir d'une façon considérable la portée de ces deux modes d'extinction. Dans le texte que je viens de transcrire on aperçoit tout de suite qu'il y a deux formules distinctes : l'une est un modèle spécial de stipulation qui fut inventé par Aquilius Gallus sur la fin du VIIe siècle de Rome ; l'autre est le modèle d'une acceptilation adaptée à cette stipulation. Le nom de stipulation Aquilienne s'applique tantôt à ces deux formules réunies, tantôt à la première seulement. Pour le moment, laissons de côté la seconde formule et voyons quelle est la nature de l'opération qu'on réalise à l'aide de la première.

Les textes nous présentent la stipulation Aquilienne comme un procédé de novation (§ 2 *sup.* — L. 4, *De trans.*, II, 15). Or cela étonne tout d'abord, car il suffit de la lire pour voir qu'elle intervient à l'occasion de toute espèce de droits compris dans notre patrimoine, tant des droits réels que des droits de créance, et que dans tous les cas elle a pour objet, non pas la chose même sur laquelle le droit porte, mais bien une somme d'argent indéterminée. Or, pourrait-on dire, les droits réels ne se novent jamais, et les créances elles-mêmes ne se novent que par une stipulation dont l'objet se confond avec le leur. Ces objections seraient fondées s'il s'agissait ici de nover le droit considéré dans sa forme actuelle. Mais il n'en est rien. Ce que l'on nove, et c'est là le côté neuf de l'invention d'Aquilius Gallus, c'est le droit qui résulterait de la *deductio in litem*. Et, en effet, quelle base notre formule donne-t-elle à la stipulation ? Ce n'est pas simplement le droit de créance ou le droit réel du stipulant, c'est l'action qui pourrait dès aujourd'hui ou qui pourra un jour être exercée en vertu de ce droit (*quarum rerum mihi tecum actio*, etc.), ce sont donc aussi tous les accroissements qu'il pourrait recevoir (*oportet, oportebit*) (1). Comment cette même formule désigne-t-elle les parties ? Le stipulant y est appelé Aulus Agérius, et le promettant Numérius Négidius ; or c'est justement sous ces deux noms que le demandeur et le défendeur nous apparaissent dans la plupart des formules d'actions judiciaires. Enfin, quel est l'objet de la stipulation ? C'est l'estimation du droit, et les mots mêmes qui expriment cette idée (*quanti ea res erit*) sont exactement ceux que l'on a coutume d'insérer

(1) La portée du mot *oportebit* est déterminée par plusieurs textes (L. 76 § 1 ; L. 89, *De verb. obl.*).

dans les *condemnationes incertæ* (Gaius, IV, § 51). De tout cela que conclure, sinon que la stipulation Aquilienne s'applique, comme je le disais tout à l'heure, et comme le confirme le langage de plusieurs textes (LL. 4 et 32, C., *De trans.*, II, 4), au droit supposé déduit en justice, c'est-à-dire à la quantité encore indéterminée que le juge aurait pour mission de liquider? Ces idées admises, la novation se comprend sans difficulté ; car, quels que fussent antérieurement la nature et l'objet du droit, une fois déduit en justice, il ne consiste jamais plus qu'en une créance, et cette créance a pour objet invariable de l'argent (nº 768) (1). De sorte que l'on ne peut jamais dire de la stipulation Aquilienne ni qu'elle s'applique à un droit réel, ni que par son objet elle diffère du droit à nover. Ici toutefois une nouvelle objection pourrait m'être faite, et la voici : la stipulation Aquilienne, dirait-on, dérive de ce principe que nous pouvons à l'avance, et *novandi causa*, stipuler l'objet d'une créance future (t. II, p. 704, note 2). Mais alors elle est forcément conditionnelle, donc ne crée pas de droit immédiat, et par conséquen n'opère pas non plus de novation immédiate. D'où il suit qu'elle ne fait pas disparaître le droit actuel sur lequel est fondée l'action qu'elle prétend éteindre. Tout cela est vrai, et j'accorde, tant qu'on le voudra, que le droit actuel conserve une existence théorique et en quelque sorte abstraite. Mais au point de vue pratique, et à ne regarder que l'usage qu'on en peut faire, il est vraiment comme n'existant pas. Car, que le stipulant essaye de le porter en justice, et au moment même où l'action se trouverait engagée, la condition qui suspend la novation s'accomplirait, et le droit né de la *deductio in litem* périrait *ipso jure*.

708. Je crois avoir démontré que la stipulation Aquilienne fournit un moyen indirect de nover tous les droits qui se prêtent à une estimation pécuniaire, et cela sans que l'obligation qu'elle crée porte sur les mêmes objets que ces droits. Mais autre chose est de saisir le jeu d'un mécanisme considéré en soi, autre chose d'en apercevoir l'utilité. Reste donc à trouver le but de la stipulation Aquilienne, et je le formule en ces deux propositions : on ne fait cette stipulation que pour l'éteindre par une acceptilation immédiate, et elle ne fonctionne qu'en matière de droit litigieux. Ce ne sont pas là de simples hypothèses. Et d'abord, que la stipulation Aquilienne ne s'emploie

(1) Il ressort de là que, lorsqu'il s'agit de droits déjà déduits en justice, la novation faite selon la formule d'Aquilius Gallus n'a plus rien qui ne soit entièrement conforme au droit commun.

pas pour créer une obligation destinée à vivre, les textes auraient beau ne pas le dire, un peu de sens pratique le ferait deviner. Car à quoi bon remplacer des droits antérieurs par une créance d'argent dont l'indétermination ne pourrait être qu'une source de difficultés, puisque, pour la liquider, il faudrait tôt ou tard ou une convention nouvelle ou une intervention du juge? Mais ces données du raisonnement sont confirmées par des textes précis. Avant de rapporter la formule de la stipulation Aquilienne, le jurisconsulte Florentinus l'annonce ainsi : *ejus rei stipulatio, quam acceptilatio sequatur, talis exposita est* (L. 18 § 1, *De accept.*). N'est-ce pas dire clairement que le caractère essentiel de cette stipulation consiste à rendre possible ou à préparer une acceptilation? Et la même idée apparaît avec plus d'évidence encore dans les Institutes, puisque, une fois la stipulation faite, nous y voyons l'acceptilation demandée en ces termes : *quidquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spopondi*, etc. (1). Il est difficile, ce me semble, de marquer mieux que les deux formules d'Aquilius Gallus forment un seul tout, composent une seule opération, et que la première ne se détache jamais de la seconde (2). J'ai dit en outre que la stipulation Aquilienne suppose un droit litigieux ou un ensemble de droits dont quelques-uns au moins présentent ce caractère. C'est ce qui est déjà rendu bien vraisemblable par ce fait que le droit nové, c'est le droit qui résulterait de la *deductio in litem*. Mais la vraisemblance devient certitude quand on regarde attentivement la portion de la formule d'Aquilius Gallus qui vise les droits réels. Ces expressions *quod tu meum habes*, etc., impliquent que le promettant détient ou a cessé par dol de détenir une chose dont le stipulant se prétend propriétaire. Les éléments d'un litige ne peuvent guère se révéler avec plus d'évidence. Enfin je remarque que parmi les textes qui nomment la

(1) Il ne faudrait pas m'objecter que les mots *hodierno die* ne figurent pas dans la formule que nous transmet Florentinus au Digeste. Car la question n'est pas de savoir s'ils appartiennent à la rédaction d'Aquilius Gallus lui-même. A cet égard on peut très bien admettre la négative, comme on doit le faire sans hésiter pour les mots *per Aquiliam stipulationem*. Mais ces altérations n'infirment pas l'argument que le texte fournit en ce qui concerne la fonction pratique de la stipulation Aquilienne.

(2) Aussi quand on rencontre des textes qui mentionnent la stipulation Aquilienne seule, il faut en conclure que cette expression désigne quelquefois, comme je l'ai déjà dit, les deux formules d'Aquilius Gallus. Bien des auteurs en ont conclu que cette stipulation sert aussi à faire une novation définitive. Mais ils se sont gardés d'expliquer le sens que pourrait avoir une telle novation.

stipulation Aquilienne, la plupart se réfèrent expressément à la transaction ou sont placés sous la rubrique *de transactionibus* (Dig., II, 15. — C., II, 4. — C. Th., II, 9) (1). Que peut-on désirer de plus significatif?

De tout ce qui précède la conclusion est claire : c'est que la stipulation Aquilienne, et désormais j'appelle ainsi la réunion des deux formules reproduites aux Institutes, a pour fonction spéciale d'éteindre *ipso jure* des droits litigieux qui n'ont pas encore été l'objet d'une *deductio in litem*. Elle intervient donc ou en conséquence d'un désistement pur et simple ou en exécution d'une convention de transaction (t. II, p. 752, note 2). Cette seconde hypothèse, qui est de beaucoup la plus pratique, est aussi la seule qui apparaisse dans les textes. Et c'est pourquoi je dois essayer de préciser ce que la transaction gagne à emprunter le procédé fourni par Aquilius Gallus. Deux cas doivent être distingués.

1° *La transaction porte sur un droit réel.* — Par exemple, Primus possédant un immeuble dont je lui conteste la propriété, nous nous entendons pour transiger sur les bases suivantes : il gardera l'immeuble et s'obligera à me donner une somme déterminée. Comme on le voit, nous tendons à un double résultat, l'extinction de mon action et la création d'un nouveau droit. Or, pour éteindre mon action, comment m'y prendrais-je sans la stipulation Aquilienne? Ma seule ressource consisterait à faire un pacte de remise, mais ce pacte n'éteindrait pas de plein droit mon action en revendication (2); et

(1) Parmi ces textes, il y en a un surtout que je dois signaler (L. 5, *De trans.*). Papinien, supposant une stipulation Aquilienne générale, c'est-à-dire destinée à nover tous les droits qu'une personne peut avoir contre une autre, se demande si elle les nove *nécessairement tous*. Or il décide que rien n'est changé en ce qui concerne les droits auxquels les parties n'ont pas songé, et ces droits il les appelle *lites*. N'est-ce pas dire implicitement, mais néanmoins avec une parfaite clarté, que cette stipulation suppose toujours la présence d'un élément litigieux?

(2) On pourrait être tenté de soutenir que dans l'espèce le pacte de remise équivaut à une tradition, car le stipulant se dessaisit de l'*animus domini* en faveur d'une personne qui déjà possède ou détient la chose, de telle sorte que cette personne doit ou acquérir la propriété immédiatement, si la chose est *res nec mancipi*, ou se trouver *in causa usucapiendi*, si elle est *res mancipi* (Inst., § 44, *De divis. rer.*). L'exactitude de ce point de vue admise, l'inutilité de la stipulation Aquilienne serait évidente. Mais il y a deux objections à faire. D'abord le stipulant ne possède pas, et il faut posséder par soi-même ou par un tiers pour aliéner (n° 224). De plus, et en admettant, comme j'y serais assez disposé, qu'il n'y ait pas lieu de s'arrêter à la subtilité de cette première objection, comment pourrait-on savoir si cette tradition a une valeur et produit un effet? Pour résoudre une telle question, il faudrait

de là deux conséquences dont la première surtout est grave : d'abord mon adversaire, quoique désormais muni d'une exception, n'aurait pas la certitude de n'être plus inquiété ; puis, le droit nouveau que je me propose d'acquérir à la place de celui que j'abandonne ne pourrait naître qu'à l'aide d'une stipulation (t. II, p. 573, note 2). Au contraire, en faisant intervenir la stipulation Aquilienne, j'anéantis de plein droit, comme on l'a vu, mon action en revendication (L. 15, C., *De trans.*, II, 4) (1), et par cela même je n'ai plus aussi absolument besoin de stipuler la somme convenue, car le pacte qui s'appuie sur une acceptilation devient toujours obligatoire, et en conséquence je puis dire *feci ut des* (2).

2° *La transaction porte sur un droit de créance.* — Ici le détour imaginé par Aquilius Gallus n'a plus la même raison d'être. Car l'on peut sans aucune difficulté recourir à une stipulation *novandi causa* faite selon les règles ordinaires (3). Mais, parce que l'application de la stipulation Aquilienne aux créances ne répond plus à une véritable nécessité, est-ce à dire qu'elle ne soit jamais d'aucune utilité? Non, elle fournit un procédé de simplification. Je veux dire que, lorsqu'on transige sur un ensemble de droits dont les uns sont réels et les autres personnels, au lieu de les éteindre les uns après les autres par autant d'actes séparés, on peut les absorber tous ensemble dans la formule de la stipulation Aquilienne, et, ainsi transformés en une créance unique, les éteindre en bloc par une seule acceptilation.

En résumé donc, la formule d'Aquilius Gallus est générale en ce

faire le procès que les parties veulent éviter ; il faudrait rechercher si le stipulant est propriétaire.

(1) On s'est demandé si, lorsque la propriété appartenait au stipulant, elle doit être réputée immédiatement acquise par le promettant. Dans les rapports réciproques de ces deux personnes la question n'a pas grand intérêt, puisque le stipulant n'est plus reçu à revendiquer. Mais que décider si le promettant vient à perdre la possession? L'action publicienne lui compète évidemment contre toute personne, puisque la transaction constitue une *justa causa usucapiendi* (t. I, p. 556, note 1).

(2) A l'époque d'Aquilius Gallus, une stipulation était encore fort utile dans notre hypothèse, puisque le *negotium facio ut des* n'engendrait que l'action *de dolo* n° 650).

(3) Lorsque l'on transige sur une créance qui a sa cause dans une stipulation, ne peut-on pas procéder directement, et sans novation préalable, par voie d'acceptilation ? Ce moyen n'est admissible qu'autant que le litige ne porte pas sur l'existence même de la créance, sinon à quoi servirait l'acceptilation ? car, pour prouver qu'elle a produit son effet, il faudrait prouver d'abord l'existence du droit dont les parties ont voulu qu'il ne fût plus question.

sens qu'elle peut s'appliquer à tous les droits compris dans un patrimoine (1). Mais ce n'est que dans son application aux droits réels qu'elle a une véritable originalité. C'est là seulement qu'elle permet d'arriver à un résultat qu'on n'obtiendrait pas sans elle.

DU *contrarius consensus*.

Lib. III, tit. XXIX, *Quibus modis obligatio tollitur*, § 4. — Hoc amplius, eæ obligationes quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur; nam si Titius et Seius inter se consenserint ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum, deinde, re nondum secuta, id est, neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos ut discederetur ab ea emptione et venditione, invicem liberantur. Idem est et in conductione et locatione, et in omnibus contractibus qui ex consensu descendunt.

En outre, les obligations qui se contractent par le simple consentement se dissolvent par un consentement contraire. En effet, s'il a été convenu entre Titius et Séius que celui-ci achetait le fonds Tusculan pour cent sous d'or, et qu'ensuite, avant toute exécution, c'est-à-dire le prix n'étant pas encore payé ni le fonds livré, les parties conviennent d'abandonner la vente, elles sont libérées l'une envers l'autre. Il en est de même dans le louage et dans tous les contrats qui dérivent du seul consentement.

709. De même que les contrats consensuels se forment par un simple pacte, de même un pacte conçu en sens contraire suffit à les dissoudre *ipso jure*, et c'est ce second pacte que les Romains appellent *contrarius consensus* ou *contraria voluntas* (L. 35, *De reg. jur.* — § 4 *sup.*) (2). Mais pour qu'il opère avec cette énergie, il faut le supposer intervenu *re integra* ou *re non secuta* (L. 2, C., *Quand. ab empt. disc.*, IV, 45), c'est-à-dire, ainsi que l'expliquent les Institutes, avant que le contrat ait été exécuté par l'une ou l'autre des parties. Toutefois c'est une question que de savoir si tous les actes d'exécution font obstacle à l'effet du *contrarius consensus*. Raisonnons sur l'hypothèse la plus pratique, celle d'une vente; il est certain que, soit

(1) Il est à peine nécessaire de faire remarquer qu'en fait la stipulation Aquilienne n'embrasse pas nécessairement tous les droits litigieux que le stipulant peut avoir contre le promettant. Un texte déjà cité et analysé (t. II, p. 741, note 1) le prouve avec évidence.

(2) Un texte de Pomponius dit *contrarius dissensus* (L. 80, *De sol.*). Les interprètes modernes emploient ici l'expression *mutuel dissentiment*.

après la tradition de la chose, soit après le payement total ou partiel du prix, le contrat ne peut plus être anéanti par une convention (1). Mais que décider si par exemple le vendeur, pour obéir à une clause de son contrat, fournit un fidéjusseur, et que du reste aucun autre acte d'exécution n'ait eu lieu? D'après Papinien les parties peuvent encore résoudre la vente, et par voie de conséquence la résolution libère de plein droit le fidéjusseur (L. 95 § 12, *De sol.*). Mais Paul, plus rigoureusement logique, veut que le contrat subsiste *ipso jure* et que les obligations des parties, comme celles du fidéjusseur, soient simplement paralysées par une exception *pacti conventi* (L. 3, *De resc. vend.*, XVIII, 5) (2). De l'antagonisme de ces deux décisions je conclus à la probabilité d'une divergence plus générale qui se formulerait ainsi : pour les uns le plein effet du *contrarius consensus* n'est empêché que par l'exécution totale ou partielle de l'une des obligations qu'il est de l'essence du contrat d'engendrer; pour les autres, il est empêché par un acte d'exécution quelconque, même portant sur une clause accessoire et accidentelle. Quelle que soit de ces deux doctrines celle qui a prévalu, il faut se demander si l'obstacle que le *contrarius consensus* rencontrerait aujourd'hui dans des actes d'exécution déjà accomplis ne peut pas être levé? Il est probable qu'au début l'on décida négativement. Mais le jurisconsulte Ariston fit prévaloir une doctrine plus douce. Supposez, en effet, que le vendeur ait déjà livré la chose, l'acheteur n'aura qu'à la restituer dans l'état où il l'a reçue (3), et alors, les choses se trouvant remises dans leur état primitif, par voie de conséquence, la dissolution conventionnelle redeviendra possible (L. 58, *De pact.*, II, 14).

(1) Dans cette situation, le seul pacte efficace qui puisse intervenir est celui par lequel la partie qui a exécuté renoncerait à son action contre l'autre. Mais ce pacte n'opérerait que par voie d'exception. Que si nous supposons un pacte tendant à dissoudre le contrat tout entier, il reste sans effet, et voici pourquoi : comme il ne peut pas servir de base à une action, l'exécution opérée par l'une des parties échappe à toute répétition; mais par cela même, l'autre partie ne saurait être réputée libérée, autrement elle aurait tout ensemble le bénéfice du contrat et de la dissolution du contrat. La conclusion est que celui des contractants qui a exécuté ses obligations peut, nonobstant le pacte, forcer son adversaire à exécuter les siennes.

(2) On a tenté de concilier Paul avec Papinien, et pour cela on a prétendu que dans le cas prévu par ce dernier il s'agit d'un vendeur que son contrat n'oblige pas à donner un fidéjusseur. Mais à quoi bon chercher des conciliations, quand le texte même de Paul accuse l'existence d'un débat (*quæsitum est*)?

(3) Si donc il l'a grevée de droits réels, il doit s'arranger pour en obtenir l'extinction, autrement la restitution n'est pas complète.

D'après les Institutes (§ 4 *sup.*), les choses seraient réputées entières par cela seul que le contrat n'a encore reçu aucune exécution. Mais c'est là une formule étroite et incomplète. La vérité est que les choses cessent d'être entières, et par conséquent le *contrarius consensus* d'opérer *ipso jure*, toutes les fois que par une cause quelconque l'une des obligations est déjà éteinte, par exemple lorsque la chose vendue a péri fortuitement ou que le droit de l'une des parties a été transformé par une novation (L. L. 3 et 5 § 2, *De resc. vend.*). En d'autres termes, et d'une manière absolue, on veut dire que le *contrarius consensus* n'opère qu'autant qu'il peut éteindre simultanément toutes les obligations nées du contrat. Et si l'on en cherche la raison, la voici en peu de mots : c'est que, les contrats consensuels étant synallagmatiques, le mode d'extinction qui prétend y correspondre doit nécessairement produire une double libération. De même que le consentement primitif a obligé du même coup les deux contractants, de même le consentement contraire ne délie pas l'un sans délier l'autre (1). Et de là je conclus que la convention qui se propose la libération d'un seul ne vaut jamais que comme pacte *de non petendo* (2).

Je termine par deux observations importantes : 1° le principal intérêt pratique de l'effet attribué au *contrarius consensus* consiste à permettre aux parties de modifier après coup les obligations essentielles qui résultent du contrat (t. II, p. 564, note 2) ; 2° le mode d'extinction que l'on vient d'étudier remonte à une époque ancienne, si on le rattache, comme le font avec raison plusieurs textes, à la règle *quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt* (L. 80, *De sol.* — L. 35, *De reg. jur.*). Mais ce point de vue est contrarié par un texte d'Ulpien (L. 7 § 6, *De pact.*). On sait, en effet, que les pactes qui viennent après coup diminuer les obligations nées d'un contrat engendrent une exception, et que, si le contrat est de bonne foi, cette exception est de plein droit sous-entendue dans la formule (n° 645). Or, d'après Ulpien, l'effet du *contrarius consensus* ne serait qu'une dérivation de cette règle.

(1) Pour voir jusqu'où les Romains poussent cette idée, on consultera les lois 1 et 7 § 1, *De resc. vend.* (XVIII, 5).

(2) Toutefois, les textes contiennent ici une décision remarquable. Lorsque, les choses étant encore entières, l'une des parties consent à l'autre ou un pacte *de non petendo*, ou une acceptilation (qui dans l'espèce ne peut valoir que comme pacte *de non petendo*), on voit dans cette remise la manifestation d'un *contrarius consensus*, et on tient le contrat pour entièrement supprimé (L. 5, *De resc. vend.* — L. 23, *De accept.*). Mais il n'y a évidemment là qu'une présomption qui s'effacerait devant la preuve d'une volonté contraire.

Mais alors je demande comment il se fait que le *contrarius consensus* opère *ipso jure* (1) et ne dissolve que les contrats consensuels; car les pactes faits *ex intervallo* ne donnent jamais qu'une exception, et cette exception est sous-entendue dans toutes les actions de bonne foi.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS EN DEHORS DES QUATRE MODES PRÉVUS AUX INSTITUTES.

SOMMAIRE : I. Indication et classification des faits libératoires non prévus aux Institutes. — II. Du pacte *de non petendo.* — III. De la confusion. — IV. De la perte de la chose due. Notion de la *mora*.

I. — INDICATION ET CLASSIFICATION DES FAITS LIBÉRATOIRES NON PRÉVUS AUX INSTITUTES.

710. En dehors des modes d'extinction qui viennent d'être spécialement étudiés, il y a un grand nombre de faits qui ont pour résultat soit de dissoudre une obligation, soit de libérer l'un ou quelques-uns des obligés. Ces faits peuvent se distribuer en quatre classes :

1° Dans la première, je range le contrat *litteris* et le pacte de constitut. Le trait commun qui me fait réunir ces deux contrats ou conventions, c'est que ce sont avant tout des modes de s'obliger, et que si parfois ils suppriment une obligation, cela ne les empêche pas d'atteindre en même temps leur but principal et constant, qui est d'en créer une. Aussi n'est-ce point ici le lieu de les étudier. Le pacte de constitut trouvera sa place à propos des obligations prétoriennes. Sur le contrat *litteris* les explications déjà données suffisent (n° 577 et suiv.).

2° Je mets ici le serment extrajudiciaire et la *dotis dictio*, parce que leur effet consiste tantôt à créer, tantôt à éteindre une obligation. Quant au serment, cette double fonction nous avertit déjà qu'il n'a point ici sa place nécessaire, et ce qui me décide à en renvoyer l'explication, c'est qu'il intervient aussi bien à propos de droits réels qu'à propos de droits de créance (n°s 724 et s.). Quant à la *dotis dictio*, nous la connaissons déjà comme contrat ou mode de créer des obligations (n°s 311 et 495). Reste à préciser les cas où elle est extinctive. Or supposons d'abord qu'elle émane d'un débiteur de la femme, délégué par elle à son mari : ici elle a l'effet complexe d'une stipulation *novandi causa*,

(1) Cet effet radical ne saurait être nié. Paul assimile l'effet du *contrarius consensus* à celui de l'acceptilation (L. 21 § 4, *Quod met. caus.*, IV, 2), et Pomponius l'exprime ainsi : *infecta fit emptio* (L. 2, *De resc. vend.*).

car du même coup le débiteur se libère envers la femme et s'oblige envers le mari. Que si elle est faite ou par la femme elle-même ou par un ascendant paternel, ces personnes étant par hypothèse créancières du mari et voulant lui constituer en dot l'objet même de son obligation, alors elle est purement extinctive (L. 31 § 1 *in fine*, *De nov.*, XLVI, 2) (1). Dans le premier cas la femme est réputée avoir reçu ce qui lui est dû et l'avoir donné *dotis causa* à son mari. Dans le second cas le mari lui-même est réputé avoir payé la chose due entre les mains du constituant, puis celui-ci la lui avoir rendue *dotis causa*. Cette fiction de payement, exprimée par un texte formel (L. 77, *De jur. dot.*, XXIII, 3,), ne permet guère de douter que la *dotis dictio* opère *ipso jure* (2), et elle a cette conséquence qu'en principe le mari sera tenu plus tard, par l'action *rei uxoriæ*, de restituer la chose même qui faisait l'objet de la créance éteinte par la *dotis dictio* (L. 58 § 1, *De jur. dot.*) (3).

3° Cette troisième catégorie comprend la *litis contestatio*, qui a toujours pour double résultat d'éteindre un droit et d'en créer un nouveau. C'est dans l'exposé général du système formulaire qu'elle trouvera sa place naturelle (n°s 764 et s.).

4° Ici viennent les faits qui toujours éteignent une obligation et jamais n'en font naître aucune, savoir : le pacte de *non petendo*, la confusion, la perte de la chose due, la *capitis deminutio*, le concours de deux causes lucratives, le terme conventionnel, et le terme fixé par la loi ou prescription. Sur la *capitis deminutio*, le concours

(1) Dans ce texte, comme dans tous ceux qui se référaient à la *dotis dictio*, Justinien a dû substituer le mot *promittere* au mot *dicere*. Mais ici la substitution est particulièrement évidente. En effet, dans l'une des hypothèses prévues par le texte il s'agit d'un fonds que le mari doit à la femme ; si donc la dot était constituée par promesse et non par *dictio*, il en résulterait, au moins dans les cas ordinaires, que le mari stipulerait sa propre chose et par conséquent ferait un acte nul.

(2) Cependant nous avons un texte de Marcellus (L, 44 § 1, *De jur. dot.*) d'après lequel elle n'opérerait que *per exceptionem*. Mais cela tient peut-être aux circonstances particulières de l'espèce. Le jurisconsulte suppose qu'une femme épouse le père de son débiteur, et que la *dotis dictio* a pour objet ou ce que doit le fils ou ce que doit le père. Or le père ne peut être tenu ici que par voie de conséquence et *de peculio*. La question est donc de savoir si la solution de Marcellus serait la même en supposant que la *dotis dictio* fût faite au fils de famille qui est seul débiteur direct.

(3) D'après le texte cité cette décision cesse lorsqu'au jour de la *dotis dictio* le mari n'est pas propriétaire de la chose qu'il doit. En pareil cas, l'action *rei uxoriæ* ne tendra qu'à faire rétablir l'obligation éteinte, d'où il suit que le mari n'aura à restituer aucun des produits de la chose.

de deux causes lucratives et le terme conventionnel, je me suis déjà expliqué (nos 182, 400, 530 et suiv.). Quant à la prescription, comme elle s'applique aux actions réelles aussi bien qu'aux actions personnelles, je me contente pour le moment de l'indiquer. Je vais donc me renfermer dans l'exposé des règles relatives au pacte de *non petendo*, à la confusion et à la perte de la chose due (1).

II. — DU PACTE *de non petendo* (2).

711. Sous le nom de pacte *de non petendo* ou pacte *ne petatur*, on désigne deux sortes de conventions : l'une par laquelle le créancier accorde un terme à son débiteur, c'est le pacte *de non petendo intra tempus;* l'autre par laquelle il lui fait pleine remise de son obligation, et c'est celle que l'on a en vue quand on parle sans plus de précision du pacte de *non petendo* (3). Du reste l'une et l'autre sont gouvernées par les mêmes principes généraux. Mais il n'y a que le pacte de remise proprement dit qui doive nous occuper ici. Je l'étudierai par comparaison avec l'acceptilation ; car il a une utilité pratique de même nature, sinon de même étendue. Trois différences fondamentales l'en séparent :

1° Il n'exige aucune espèce de formes, et peut même résulter d'un

(1) On fera ici trois observations : 1° les divers modes d'extinction que je viens de diviser en quatre catégories peuvent se classer à plusieurs autres points de vue : ainsi les uns appartiennent au droit civil, les autres au droit prétorien. Les uns opèrent *ipso jure*, d'autres *per exceptionem*, et quelques-uns tantôt *ipso jure*, tantôt *per exceptionem*. Il y en a qui supposent une convention, d'autres qui tiennent à un fait accidentel, et d'autres qui dérivent de la loi ; 2° parmi les causes qui éteignent les obligations, je n'ai nommé ni la transaction, car, comme on le verra bientôt (p. 752, note 2), son effet extinctif tient à ce qu'elle comprend ou une acceptilation ou un pacte *de non petendo*, ni la compensation, car elle n'éteint aucun droit par elle-même. Ce qui le prouve bien, c'est que le défendeur qui néglige de s'en prévaloir conserve intact le droit sur lequel il aurait pu la fonder ; 3° je ne tiens pas compte non plus d'une prétendue règle qui consiste à dire qu'une obligation s'éteint par la survenance d'un fait qui l'aurait empêché de naître (Inst., § 6, *De nox. act.*, IV, 8). Cette proposition paraît avoir été admise surtout par les Sabiniens (Gaius, IV, § 78). Mais j'ai déjà démontré (n° 400 *in fine*) qu'elle n'est pas d'une vérité absolue en matière de legs, et d'autres textes prouvent qu'il faut appliquer la même observation aux obligations contractuelles (L. 2 § 2 ; L. 98 pr. ; L. 140 § 2, *De verb. obl.* — L. 5 ; L. 21 § 2, *De fid.*, XLVI, 1. — (L. 85 § 1, *De reg. jur.* L, 17).

(2) J'ai déjà marqué la place que le pacte *de non petendo* occupe dans l'histoire de la théorie générale des pactes (n° 644).

(3) Ce pacte peut aussi être consenti par un propriétaire à celui qui détient sa chose.

consentement tacite, comme cela arrive quand le créancier abandonne au débiteur l'écrit (*cautio*) qui constate l'obligation (L. 2 pr. et § 1, *De pact.*, II, 14) (1). De là plusieurs différences secondaires : 1° le pacte *de non petendo* s'applique à toute espèce d'obligations ; 2° il n'est jamais vicié par l'insertion d'une condition ou d'un terme qui n'ont rien d'illicite en eux-mêmes (2) ; 3° il est accessible aux absents, aux sourds, aux muets, et, d'une manière plus générale, à quiconque peut donner un consentement valable (L. 4 § 1, *De pact.*) ; 4° il n'exige pas l'intervention personnelle du créancier et du débiteur ; mais un tuteur, un curateur (3), un mandataire y figurent valablement, pourvu qu'ils agissent dans la limite de leurs pouvoirs (L. 10 § 2 ; LL. 11 à 15, *De pact.*) (4). Bien mieux, les personnes *alieni juris*, capables, comme on l'a vu, de recevoir, et non de consentir une acceptilation au nom du père de famille, peuvent, à l'aide d'un pacte *de non petendo*, non seulement lui procurer dans tous les cas sa libération (L. 17 § 7 ; LL. 18 à 21 pr., *De pact.*), mais même lui ôter une créance ; il suffit pour cela que la créance compte dans leur pécule, qu'elles aient la libre administration de ce pécule, et que le pacte *de non petendo* ne contienne pas de libéralité (L. 28 § 2, *De pact.* — L. 52 § 26, *De furt.*, XLVII. 2).

2° Le pacte *de non petendo* laisse subsister la dette *ipso jure* et n'est garanti que par voie d'exception (Inst., § 3, *De except.*, IV, 13). Cette règle ne signifie pas seulement que le moyen de défense tiré du pacte doit en général être exprimé dans la formule ; outre cet intérêt de pure procédure, elle a les trois conséquences suivantes : 1° l'obligation peut recouvrer toute son énergie par l'effet d'un pacte ulté-

(1) Voici deux autres exemples : 1° le créancier reçoit des intérêts non échus, par cela même il accorde un terme à son débiteur (L. 2 § 6, *De dol. mal. et met. exc.*, XLIV, 4) : 2° il a reçu, plusieurs années de suite, des intérêts moindres que ceux qui ont été stipulés, il ne peut plus revenir au taux primitif (L. 5, C., *De usur.*, IV, 32).

(2) Supposons un pacte de remise conditionnel. Si la condition vient à défaillir, nous n'aurons, en réalité, qu'un pacte *de non petendo intra tempus* (L. 56, *De cond. ind.*, XII, 6).

(3) D'après la loi 28 § 1, *De pactis*, le curateur ne figurerait valablement dans le pacte *de non petendo* que pour recevoir la remise et non pour la faire. Mais ce texte ne doit évidemment s'entendre que du pacte gratuit. Car comment comprendre que le curateur qui peut, lorsque l'intérêt de la personne en curatelle le comporte, éteindre une créance par voie de novation ou d'acceptilation, ne pût pas l'éteindre aussi par un pacte *de non petendo* ?

(4) Du reste, comme la représentation n'est pas admise, ce n'est pas l'exception *pacti conventi* que le pacte engendre dans ces hypothèses, mais bien l'exception *doli mali* (L. 10 § 2, *De pact.*).

rieur; l'exception *pacti conventi* se trouve alors neutralisée par une réplique, et cela n'a rien de contraire à la règle *ex pacto actio non nascitur*, puisque l'action était plutôt paralysée qu'éteinte (L. 27 § 2 *De pact.*); 2° fait à titre gratuit, le pacte *de non petendo*, je l'ai déjà dit (n° 303), ne parfait pas la donation d'après la loi Cincia; 3° fait à titre onéreux, il ne forme pas un contrat innommé (t. II, p. 573, note 2). Décider autrement, ce serait faire résulter une action d'un simple pacte. Il suit de là que la remise consentie en vue d'obtenir une prestation réciproque n'a rien de définitif, tant que cette prestation n'a pas été ou fournie ou promise. — Aucune de ces décisions ne s'applique à l'acceptilation, parce qu'à l'exemple des autres actes qui opèrent *ipso jure* elle est irrévocable. Sans doute les parties ont alors toute liberté pour créer une nouvelle obligation dans les mêmes conditions que celle qu'elles ont éteinte, mais celle-ci ne revit jamais.

3° Le pacte *de non petendo* n'est pas, comme l'acceptilation, comparable à un payement (1), et c'est pourquoi l'étendue de ses effets ne saurait se déterminer par une formule absolue. Mais tantôt il n'opère qu'entre les parties, tantôt il opère à l'égard de tous les intéressés ou de quelques-uns d'entre eux. Nous devons donc successivement supposer plusieurs débiteurs qu'un seul payement libérerait tous, et plusieurs créanciers dont le droit périrait par le payement fait à un seul, et nous demander si la remise consentie à l'un d'eux ou par l'un d'eux fait naître une exception au profit des autres ou contre les autres.

Soit d'abord plusieurs débiteurs. — Les Romains partent ici d'une distinction bien connue entre le pacte *in rem* et le pacte *in personam*. Le pacte *in rem* est conçu en termes généraux, c'est-à-dire qu'il ne désigne pas les personnes que le créancier veut faire profiter de la remise. Au contraire, le pacte *in personam* les désigne. Ainsi quand je dis *non petam*, le pacte est *in rem;* il serait *in personam*, si j'avais dit *non petam a Lucio Titio* (L. 7 § 8, *De pact.*, II, 14). Ceci posé, cinq règles ressortent assez nettement des textes : 1° le débiteur qui obtient un pacte *in rem* est réputé représenter tous ceux des obligés dont la libération l'intéresse personnellement, c'est-à-dire

(1) C'est pour cela qu'il peut, comme je l'ai dit tout à l'heure, ne contenir qu'un simple terme. Et c'est pour cela aussi qu'il se borne quelquefois à modifier l'objet de la dette, par exemple en supprimant une alternative, ou, s'il s'agit d'une dette de genre, en excluant la faculté de donner ou de demander tel objet déterminé (L. 27 §§ 6 et 7, *De pact.*, II, 14).

ceux qui, venant à payer, exerceraient un recours contre lui. De cette règle il résulte qu'en principe la remise consentie au débiteur principal donne l'exception *pacti conventi* aux fidéjusseurs et à tous les débiteurs accessoires (1), mais qu'en sens inverse la remise faite à l'un de ceux-ci ne permet ni aux autres débiteurs accessoires ni au débiteur principal de se défendre par cette exception (2). La même règle nous conduit à décider que l'exception *pacti conventi* née en la personne d'un *correus promittendi* ne peut être opposée par les autres *correi* qu'autant qu'il y a société entre eux (L. 21 § 5; L. 23; L. 25 pr., *De pact.* — n[os] 552 et 559); 2° à défaut de l'exception *pacti conventi*, ceux des obligés qui, d'après la règle précédente, n'ont point été représentés au pacte sont néanmoins protégés par une exception de dol, lorsque la volonté prouvée des parties a été que le pacte leur profitât (L. 25 § 2; L. 26, *De pact.*); 3° quand le pacte est conçu *in personam*, il n'y a que les personnes qu'il désigne qui puissent s'en prévaloir soit par l'exception *pacti conventi*, soit par l'exception *doli mali* (3). Il arrive donc quelquefois que l'héritier lui-même ne bénéficie pas de la remise faite à son auteur; en ce cas, le pacte se résume dans la concession d'un terme incertain, et l'on peut y voir un correctif de la règle qui annule les stipulations *post mortem promittentis* (L. 17 § 3; L. 25 § 1, *De pact.*); 4° en cette matière l'intention des parties l'emporte toujours sur la forme. Si donc l'un des débiteurs est seul nommé dans le pacte, mais que cette désignation ait eu pour but de déterminer la personne à qui il était consenti plutôt que d'en refuser le bénéfice aux autres obligés, le pacte, quoique personnel dans la forme, ne le sera pas dans le fond, et par conséquent recevra l'application de la règle posée pour les pactes *in*

(1) L'exception ainsi acquise aux fidéjusseurs peut-elle leur être enlevée par un pacte inverse conclu entre le débiteur principal et le créancier? Paul (L. 27 § 2, *De pact.*) dit oui, et cela sans doute parce que l'intérêt du débiteur n'exige plus qu'on la leur donne. Mais Furius Anthianus (L. 62, *De pact.*) décide en sens contraire, et cette opinion plus équitable est aussi plus conforme à la règle générale d'après laquelle le fidéjusseur peut opposer, même *invito reo*, les exceptions qu'il a une fois acquises du chef de ce dernier (n° 569).

(2) Par application de la règle, le fidéjusseur dépourvu de recours n'a pas l'exception *pacti* du chef du débiteur principal, tandis qu'on la donne à ce dernier du chef du fidéjusseur obligé *in rem suam* (L. L. 24 et 32, *De pact.*).

(3) Bien entendu la personne désignée comme devant bénéficier du pacte ne peut jamais s'en prévaloir qu'autant que la dette l'intéresse dès à présent. Si donc cet intérêt lui manque à l'origine et que plus tard elle hérite du débiteur, le pacte restera non avenu à son égard (L. 17 § 4; L. 24 § 2, *De pact.*).

rem (L. 7 § 8, *De pact.*). Réciproquement, le pacte a beau être conçu en termes généraux, si les circonstances prouvent que les parties ont voulu le faire personnel, il le sera, et, par exemple, consenti au débiteur principal, il ne profitera point aux débiteurs accessoires, de sorte que le débiteur lui-même sera déchargé de faire l'avance plutôt que libéré (L. 22, *De pact.*) (1) ; 5° tout pacte qui paralyse l'obligation personnelle de l'un des débiteurs paralyse du même coup les hypothèques qui la garantissaient (L. 17 § 2, *De pact.*).

Soit à présent plusieurs créanciers. — S'il s'agit de *correi stipulandi,* nous savons déjà qu'en aucun cas le pacte consenti par l'un d'eux ne donne lieu à l'exception *pacti conventi* contre les autres (nos 592). Que si nous supposons un stipulant principal et un *adstipulator,* les textes sont muets, mais les principes commandent une distinction. Le pacte émane-t-il du stipulant lui-même : s'il est *in rem,* il peut être opposé à l'*adstipulator,* qui n'a pas le moindre intérêt personnel à le méconnaître. Émane-t-il au contraire de l'*adstipulator :* celui-ci n'a pas pu, simple mandataire, anéantir le droit de son mandant.

En résumé, et comme conclusion générale de cette comparaison, le pacte *de non petendo* réalise un progrès sur l'acceptilation. Sans doute il a moins d'énergie, puisqu'il n'opère pas *ipso jure ;* mais cette infériorité, et encore n'en est-ce pas une à tous les points de vue, est doublement rachetée : car, n'exigeant aucune forme, il est d'un usage tout à la fois plus commode et plus universel, et, ne produisant pas les effets absolus du payement, il ne met pas les parties dans l'alternative de s'abstenir ou de dissoudre l'obligation *erga omnes* ; il leur permet de faire ce qu'elles veulent et de ne rien faire de plus (2).

(1) On remarquera que dans le droit de Justinien, contrairement au texte cité et à d'autres (L. 71 § 1, *De fid.*, XLVI, 2), la remise ne peut plus être personnelle au débiteur principal ; sans quoi elle enlèverait le bénéfice de discussion aux débiteurs accessoires.

(2) C'est ici le lieu de donner une idée des formes de la transaction. On appelle ainsi la convention par laquelle deux parties tranchent une difficulté en se faisant des concessions réciproques. L'une d'elles, que j'appellerai demandeur, est investie d'un droit litigieux ou douteux, elle l'abandonne. L'autre, que j'appellerai défendeur, bénéficie de cette remise, mais en retour elle fournit ou s'oblige à fournir une prestation déterminée (L. 1, *De trans.*, II, 15. — L. 38, C., II, 4). La transaction tend donc à un double résultat : éteindre le droit actuel qui est douteux, et le remplacer par un droit moindre, mais certain. Pour éteindre le droit actuel, les parties ont le choix entre le pacte *de non petendo* et l'acceptilation, précédée ou d'une novation ordinaire ou d'une stipulation Aquilienne (L. 2, *De trans.*).

III. — DE LA CONFUSION.

712 *a*. Plaçons-nous au moment où une obligation se forme : c'est chose évidente que jamais une même personne n'y figure tout ensemble comme créancier et comme débiteur, et que jamais non plus elle n'y joue deux fois l'un de ces deux rôles. Mais après que l'obligation est née, il se peut que le créancier hérite du débiteur ou le débiteur du créancier; il se peut aussi, quand l'obligation a plusieurs sujets ou actifs ou passifs, que l'un des créanciers devienne héritier d'un autre créancier, ou l'un des débiteurs d'un autre débiteur. Dans ces diverses hypothèses, nous voyons se réunir en une même personne deux qualités qui s'excluent naturellement et qui n'ont pu naître que séparées. C'est cette réunion qui prend ici le nom de confusion, et l'on voit qu'elle-même a sa cause dans une autre confusion beaucoup plus large, celle de deux patrimoines, soit que celle-ci résulte, comme je le supposerai plus particulièrement, de l'acquisition d'une hérédité, ou qu'elle s'opère par tout autre mode de transmission. Quant aux effets de la confusion, je n'essayerai pas de les enfermer dans une formule unique : car, tantôt les deux qualités réunies se détruisent réciproquement, tantôt il y en a une qui absorbe l'autre, tantôt enfin elles subsistent côte à côte. La seule idée qui me paraisse dominer l'ensemble

Pour créer le droit nouveau, elles peuvent ou user de la stipulation ou se contenter d'un pacte. Des procédés employés dépendra la forme et l'énergie de la sanction donnée à la transaction. Distinguons deux ordres d'hypothèses : 1° la remise du droit douteux a été faite par acceptilation. Ici l'ancienne prétention du demandeur est toujours éteinte *ipso jure*, et pour obtenir la prestation réciproque qui lui est due, on lui donne toujours une action, savoir, l'action *ex stipulatu*, si cette prestation a été stipulée, et, si elle a été simplement convenue, l'action *de dolo* ou l'action *præscriptis verbis*, selon les époques et les systèmes (n° 630); 2° la remise du droit douteux a fait l'objet d'un simple pacte. Ici l'ancienne prétention du demandeur subsiste *ipso jure*; mais de deux choses l'une : ou le droit nouveau a été stipulé, où il n'a été que convenu. Au premier cas, le demandeur qui exerce son ancienne action échoue contre une exception, mais il a une action efficace pour poursuivre la prestation qui lui est due (L. 122 § 5, *De verb. obl.*). Au second cas, il ne peut point agir pour obtenir le droit nouveau; mais il a la ressource d'exercer son action ancienne, et par là il mettra le défendeur dans la nécessité de choisir entre ces deux partis : ou résoudre la transaction et plaider comme si elle n'avait pas eu lieu, ou opposer l'exception *pacti conventii*; mais à cette exception le demandeur opposera une *replicatio doli mali*, grâce à laquelle il obtiendra une condamnation égale à l'avantage que lui aurait procuré l'exécution de la transaction (LL. 28 et 36, C., *De trans.*).

des solutions romaines, c'est qu'en général la confusion n'est extinctive que dans les cas et dans la mesure où elle rend la sanction du droit impossible ou inutile. Encore cette idée n'est-elle point absolue : il y a des textes qui poussent l'effet extinctif de la confusion bien plus loin que la nécessité ne le comporte et que l'équité ne le voudrait. J'examinerai successivement cinq hypothèses.

1° Il n'y a qu'un débiteur principal et qu'un créancier, et l'un des deux succède à l'autre (1). — Ici l'obligation principale est forcément éteinte, et cela parce qu'on ne conçoit pas qu'une personne se doive quelque chose à elle-même. Mais les Romains ne se contentent pas de ce motif simple : lorsque, disent-ils, c'est le créancier qui succède, il est réputé recevoir ce qui lui est dû et recueillir une hérédité moindre, et lorsque c'est le débiteur, il est réputé payer ce qu'il doit et recueillir une hérédité plus grosse. En d'autres termes, on compare la confusion au payement (L. 41 § 2, *De evict.*, XXI, 2. — L. 33, *Sol. matr.*, XXIV, 3. — L. 21 § 1, *De lib. leg.*, XXXIV, 3). Quelle que soit la valeur théorique de cette comparaison, et quelque inutile qu'on puisse la juger en elle-même, l'interprète n'a pas le droit de la mettre de côté. Elle prouve qu'aux yeux des Romains la confusion est un véritable mode d'extinction des obligations, et spécialement elle conduit aux conséquences suivantes : 1° dans notre espèce, la confusion emporte libération des fidéjusseurs et de tous les débiteurs accessoires, et cela quand même le payement fait par ces personnes eût dû rester à leur charge (L. 21 § 3 ; L. 50 ; L. 71 pr., *De fid.*, XLVI, 1) (2) ; 2° elle opère *ipso jure* (3), décision sans

(1) On peut également supposer que c'est un tiers qui succède à l'un et à l'autre, et les décisions resteront les mêmes (L. 71 pr., *De fid.*, XLVI, 1). Pareillement si la confusion n'est que partielle au lieu d'être totale, si par exemple le créancier recueille pour moitié l'hérédité du débiteur, cela n'influe que sur l'étendue et non sur la nature des résultats (L. 50, *De fid.*). Des observations semblables doivent être appliquées à toutes les hypothèses subséquentes.

(2) Marcellus (L. 38 § 1, *De fid.*) dit qu'après la confusion il n'y a plus ni débiteur principal, ni objet dû, et cela confirme bien la portée absolue que je donne aux textes qui déclarent les débiteurs accessoires libérés. Pour qu'ils restassent tenus en certains cas, il faudrait admettre que leur obligation devient principale, et c'est une idée que les textes repoussent en donnant de leur libération ce second motif, *nemo potest pro eodem apud eumdem debere, obligatus esse, mandator esse* (L. 21 § 3 ; L. 71 pr., *De fid.* — L. 34 § 8, *De sol.*). Au surplus, si nous nous plaçons dans le cas particulier où le débiteur accessoire était intervenu *in rem suam*, sa libération peut paraître inique ; mais, qu'on y prenne bien garde, il demeure toujours obligé en vertu de la cause même qui avait déterminé son intervention.

(3) Modestin (L. 75, *De sol.*, XLVI, 3) confirme cette doctrine en comparant la

intérêt en ce qui concerne la dette principale, mais qui retrouve toute son utilité à l'égard des débiteurs accessoires; 3° enfin, en règle générale, elle ne laisse subsister aucune obligation naturelle, décision dont l'intérêt se restreint aussi aux débiteurs accessoires, mais sans laquelle on ne comprendrait pas qu'ils fussent libérés alors même que le payement ne leur eût ouvert aucun recours (1).

2° Il y a plusieurs *correi promittendi*, et le patrimoine de l'un d'eux se trouve confondu avec celui du créancier. — Si l'on assimilait ici la confusion au payement, l'obligation disparaîtrait tout entière, et l'on sait déjà qu'il n'en est point ainsi (n° 552 *in fine*). Sans doute le lien qui s'était formé en la personne du *correus* du chef de qui la confusion s'opère disparaît de plein droit, et cela dégage du même coup les fidéjusseurs qui n'étaient intervenus que pour lui. Mais à l'égard des autres *correi*, l'obligation persiste plus ou moins pleine selon qu'il y a société ou non. Quant aux débiteurs accessoires qui s'étaient engagés dans l'intérêt de tous les *correi*, ils demeurent tenus *ipso jure ;* mais une exception de dol leur compète, fondée sur ce que la personne qui réunit aujourd'hui les deux qualités de créancier et de *correus promittendi* devrait, en cette seconde qualité, les indemniser de tout ce qu'elle leur aurait demandé en vertu de la première (L. 71 pr., *De fid.*).

3° La qualité de créancier se réunit à celle de débiteur accessoire, par exemple de fidéjusseur. — Dans ce cas la fidéjussion est de plein droit éteinte parce que nul ne peut être tenu envers soi-même, mais l'obligation principale demeure intacte (L. 21 § 3; L. 71 pr., *in fine De fid.*) (2). Du reste, ici pas plus que dans la précédente hypothèse, la confusion n'est assimilée au payement : si cette assimilation eût été admise, elle aurait eu pour conséquence de changer la cause

confusion à l'acceptilation. Du reste, je ne distingue pas si la confusion résulte d'une adition d'hérédité ou d'un mode de transmission qui confond les patrimoines sans confondre les personnalités. Dans tous les cas elle opère *ipso jure*, puisque dans tous les cas elle vaut payement.

(1) C'est aussi par la comparaison de la confusion avec le payement que les jurisconsultes expliquent la façon dont on établit la masse sur laquelle doit, dans notre espèce, se calculer la quarte Falcidie. Est-ce le débiteur qui succède au créancier : puisqu'il est réputée avoir payé l'hérédité, la masse s'augmente du montant de sa dette. Est-ce, au contraire, le créancier qui succède au débiteur : comme l'hérédité est réputée le payer, la masse est diminuée du montant de sa créance (L. 18 § 1, *Ad. leg. Falc.*, XXXV, 2. — L. 95 § 2, *De sol.*).

(2) Bien entendu, j'écarte le cas où le fidéjusseur se serait obligé *in rem suam :* ici l'obligation principale s'éteindrait au moins *per exceptionem*.

de l'obligation du débiteur; c'est par l'action *mandati* qu'il serait désormais tenu (1), tandis qu'au contraire il continue d'être soumis à l'action originaire (L. 21 § 5, *De fid.*) (2).

A. 4° Ce sont les qualités de débiteur principal et de fidéjusseur qui se réunissent. — Ici l'obligation principale subsiste toujours, mais en principe la fidéjussion est éteinte parce qu'elle devient inutile (L. 93 §§ 2 et 3, *De sol.* — L. 24, C., *De id.*, VIII, 41) (3). Et de là les jurisconsultes concluent tant à la disparition des exceptions personnelles au fidéjusseur (L. 14, *De fid.*) (4) qu'à la libération du sous-fidéjusseur qu'il aurait fourni (L. 38 § 5, *De sol.*). Cette seconde conséquence s'appuie, avec plus de logique que de vraie raison, sur ce principe que le sous-fidéjusseur est réputé obligé pour le seul fidéjusseur principal et non en même temps pour le débiteur lui-même; mais elle se concilie mal avec certains effets que la fidéjussion conserve, quoique éteinte : tel est le maintien du gage fourni par le fidéjusseur (L. 38 § 5, *De fid.*) ; tel est aussi le droit pour le créancier de faire séparer les biens du fidéjusseur défunt de ceux du débiteur héritier, et cela sans perdre le droit de concourir avec les créanciers personnels de ce dernier pour toute la somme que la succession n'aura pas pu lui donner (L. 3 pr. et § 1, *De sep.*, XLII, 6). Au surplus, le motif même par lequel j'ai expliqué l'extinction de la fidéjussion nous avertit qu'il y a un cas où elle ne doit point périr : c'est lorsque l'obligation principale n'était que naturelle et que celle du fidéjusseur était sanc-

(1) Si l'on suppose que le créancier hérite du fidéjusseur déjà condamné en cette qualité, ce n'est que par l'action *mandati* qu'il peut poursuivre le débiteur principal (L. 11, *Mand.*, XVII, 1). Mais cet effet ne doit pas s'expliquer par la confusion, puisque, avant même qu'elle se produisît, le débiteur n'était plus tenu qu'envers le fidéjusseur, et cela par l'action *mandati*.

(2) De la même idée je tire une autre conséquence : si le débiteur n'était tenu que d'une obligation naturelle envers le créancier, mais que dans ses rapports avec le fidéjusseur le principe d'une obligation civile existât, je décide que la confusion ne le soumet à aucune poursuite : or, elle l'y soumettrait évidemment, si elle était considérée comme l'équivalent d'un payement.

(3) Sur ces textes il y a deux observations à faire : 1° dans la première phrase du § 2, on supprimera une négation qui maintenue mettrait le jurisconsulte en contradiction avec lui-même; 2° nous voyons dans le § 3 que Proculus n'admettait pas l'extinction de la fidéjussion dans le cas spécial où c'était le débiteur principal qui héritait du fidéjusseur. Mais on n'aperçoit pas de raison pour distinguer entre ce cas et celui où le fidéjusseur hérite du débiteur.

(4) Toutefois le texte cité décide qu'une réplique est nécessaire pour repousser de telles exceptions, et je conclus de là que la fidéjussion n'est pas éteinte *ipso jure*.

tionnée par une action (L. 21 § 2, *De fid.* — L. 95 § 3, *De sol.*) (1). Ici les deux obligations sont maintenues : l'obligation acessoire, pour sauver le créancier d'un dommage inévitable et injuste, et l'obligation principale, pour servir de cause et de support à la fidéjussion.

A. 5° Enfin, ce sont deux qualités égales qui se réunissent. — Ainsi le défunt et son héritier étaient *correi stipulandi*, *correi promittendi*, ou cofidéjusseurs. Dans ces trois cas on cherche en vain quelle est celle des deux qualités qui absorberait l'autre, et c'est pourquoi l'on décide qu'elles coexistent en la personne de l'héritier (L. 5; L. 21 § 1, *De fid.*). Mais, objectera-t-on, pourquoi ne pas dire avec plus de simplicité que l'héritier ne demeure créancier ou obligé que de son propre chef? Pour comprendre l'intérêt pratique de cette doctrine, il faut supposer une action intentée. De deux choses l'une en effet : ou c'est du chef du défunt que l'héritier poursuit ou est poursuivi, ou c'est de son propre chef; au premier cas, les exceptions qui ne compètent que contre lui-même ou qu'à lui-même n'auront aucune force; au second cas, au contraire, ce seront les seules admises (L. 93 pr., *De sol.*) (2).

IV. — DE LA PERTE DE LA CHOSE DUE. — NOTION DE LA *mora*.

713 *a*. Ce mode d'extinction n'a d'application bien sérieuse qu'aux obligations de corps certains; car l'épuisement absolu d'un genre suppose des siècles, quelquefois même une révolution dans le globe. Et voilà pourquoi l'on dit *genera non pereunt*, adage que les sciences naturelles ne sauraient admettre sans doute, mais qui, au point de vue plus restreint du jurisconsulte, ne s'éloigne guère de la vérité (3). Sup-

(1) Cette décision et celle qui va être donnée sur l'hypothèse suivante concourent à prouver qu'une obligation peut subsister dans des circonstances où elle ne naîtrait pas (t. II, p. 748, note 2).

(2) Il y a plusieurs hypothèses dont je ne dis rien, parce que je ne les trouve point prévues dans les textes. En voici notamment trois : 1° réunion des qualités de *correus stipulandi* et de débiteur (t. II, p. 333, note 1); 2° réunion des qualités d'*adstipulator* et de débiteur principal; 3° réunion des qualités de créancier principal et d'*adstipulator*. — Ces trois hypothèses étaient probablement gouvernées par des règles analogues à celles qui ont été tracées aux n°s 2, 3 et 4 ci-dessus.

(3) Si je ne m'exprime pas d'une manière plus absolue, c'est qu'à côté des créations de la nature il y a les produits de l'art et de l'industrie, et que ceux-ci peuvent aisément disparaître. Par exemple, j'ai stipulé *in genere* un manuscrit contenant tel ouvrage ou un tableau appartenant à telle école. Ne peut-on pas con-

posons donc que la chose due vienne à périr : nous devrons toujours rechercher si la perte résulte du fait du débiteur ou d'un cas fortuit (1). Dans la première hypothèse, l'obligation subsiste, et cela encore que le fait n'implique de la part de l'obligé aucune espèce de faute. Dans la seconde hypothèse, au contraire, elle s'éteint parce qu'elle ne peut pas plus subsister que naître sans objet (Inst., § 16, *De leg.*, II, 20. — § 2, 3e phr., *De inut. stip.*, III, 19. — L. 91 §§ 1 et 2, *De verb. obl.*) (2). Du reste la chose peut périr ou physiquement ou juridiquement : physiquement, lorsqu'elle subit une décomposition qui l'empêche pour toujours de revivre sous sa forme primitive; juridiquement, lorsqu'elle tombe hors du commerce ou qu'elle perd son individualité sans cesser de pouvoir la reprendre. Ainsi j'ai stipulé l'esclave ou le navire d'autrui : l'esclave meurt ou le navire brûle, voilà une perte physique. Au contraire, le propriétaire affranchit l'esclave ou décompose la charpente du navire, voilà une perte juridique. Distinguerons-nous entre ces deux hypothèses? Dirons-nous qu'en cas de perte juridique l'obligation est plutôt paralysée qu'éteinte, et qu'en conséquence, la chose venant plus tard à rentrer dans le commerce ou à recouvrer son individualité, le droit du créancier reprend toute sa force? Cette opinion avait été proposée par Celsus (L. 79 § 3, *De leg.* 3°, XXXII), mais elle ne prévalut pas : si l'esclave affranchi retombe en servitude, si le navire est reconstruit avec les mêmes matériaux, ce n'est plus, dit-on, ni le même esclave ni le même navire (L. 83 § 5, *De verb. obl.* — L. 98 § 8, *De sol.*) (3).

Au surplus il y a un cas où la perte fortuite équivaut au fait person-

cevoir que tous les manuscrits ou tous les tableaux de la catégorie désignée périssent par un cas fortuit avant que la promesse ait reçu son exécution? Du reste, j'ajoute que dans les obligations de faire l'exécution peut devenir impossible, et cette impossibilité équivaut à la perte de la chose due (L. 14 § 2, *De pec. const.*, XIII, 5).

(1) Le fait d'autrui rentre évidemment dans le cas fortuit (L. 51 ; L. 91 § 1, *De verb. obl.*).

(2) Cela revient à dire que lorsque l'obligation dérive d'une cause unilatérale, les risques sont à la charge du créancier, et en effet, comme le remarque Paul (L. 91 § 3, *in fine*, *De verb. obl.*), il n'y avait pas de raison pour les faire tomber de préférence sur le débiteur. Mais dans les contrats synallagmatiques, la question des risques a un tout autre sens : il s'agit alors de savoir si le débiteur libéré peut encore exiger l'exécution de l'obligation qui a servi de cause à la sienne, et nous avons vu, par les décisions données en matière de vente et de louage, que la question ne saurait être résolue d'une manière uniforme (nos 612 et 617).

(3) Dans l'hypothèse du navire, il faut supposer que le propriétaire n'a pas eu, en le défaisant, l'intention de le refaire *ex iisdem tabulis*. Autrement l'obligation n'aurait pas été éteinte.

nel du débiteur, c'est lorsqu'elle arrive après qu'il a été mis en demeure (L. 23, *De verb. obl.*) (1). Aussi les Romains disent-ils que par son fait et par sa demeure il perpétue son obligation, proposition dont la signification a quelque chose de plus formaliste qu'on ne le croirait d'abord. En effet, non seulement l'obligation subsiste, mais elle est réputée conserver son objet originaire bien que par la force des choses le débiteur ne puisse plus le fournir (Paul, V, 7 § 4). Ainsi le créancier agit-il en justice : c'est cet objet qui est désigné dans l'*intentio* de la formule. Reçoit-il un fidéjusseur ou fait-il une acceptilation : c'est ce même objet qui figure dans l'interrogation qu'il adresse ou à laquelle il répond. Veut-il nover avec le débiteur lui-même : c'est encore cet objet qu'il stipule (L. 83 § 7 ; L. 91 § 6. *De verb. obl.*) (2). Enfin, le même objet peut être déduit dans un serment extrajudiciaire ou dans un constitut (L. 30 § 1, *De jur.*, XII, 2. — L. 23, *De pec. const.*, XIII, 5).

714 *a*. Je rencontre ici une occasion toute naturelle d'exposer comment la demeure (*mora*) se produit et comment elle cesse. Pour comprendre l'intérêt de ces questions, il faut d'abord savoir que la demeure a deux effets importants : 1° c'est une règle générale qu'elle fait courir les intérêts et emporte obligation de restituer les fruits ou autres accessoires toutes les fois que le débiteur est tenu d'une action de bonne foi ou en vertu d'un fidéicommis (L. 32 § 2 ; L. 34, *De usur.*, XXII, 1. — L. 39 § 1, *De leg.* 1°, XXX) (3) ; 2° quand l'obligation a pour objet un corps certain, la demeure déplace les risques (4), ce qui signifie que désormais le débiteur est responsable de tous les cas for-

(1) Je n'assimile point à ces deux hypothèses celle d'une perte fortuite due à la simple négligence du débiteur ; car, pour savoir s'il en est responsable, on doit d'abord rechercher la cause de son obligation (n°s 662 à 664).

(2) Il est probable que la controverse déjà mentionnée (t. II, p. 702, note 1), que Paul constate dans le second de ces textes, se rapporte surtout à l'hypothèse d'une novation qui n'a pas lieu *inter easdem personas*.

(3) J'ai déjà dit (n° 411, 7°) dans quelle mesure cette règle fut étendue aux legs. Voy. aussi t. I, p. 1053, note 3.

(4) Sur quoi se fonde l'effet de la demeure relativement aux risques ? Un texte paraît l'expliquer par cette idée que la chose, si elle eût été livrée au créancier, n'aurait pas péri chez lui (L. 14 § 1, *Dep.*, XVI, 3), et un autre dit que, mis en possession, il aurait pu vendre et éviter ainsi la perte (L. 47 § 6, *De leg.* 1°). Si ces motifs sont exacts, ils ont une conséquence importante : c'est que le débiteur doit échapper aux risques dans tous les cas où il établit qu'en fait la chose n'aurait pas été vendue par le créancier et que le cas fortuit l'aurait également atteinte entre les mains de celui-ci. Que telle ait été la doctrine romaine dans les obligations de bonne foi et dans les legs, cela est fort admissible, et c'est en effet à de telles hypothèses que se réfèrent les deux textes précités. Mais je ne suis

tuits qui détruisent ou détériorent la chose due (L. 23; L. 82 § 1, *De verb obl.*, XLV, 1. — L 108 § 11, *De leg.* 1°) (1).

En règle générale, la mise en demeure suppose deux conditions, savoir : de la part du créancier, une *interpellatio* régulière, et de la part du débiteur une résistance frauduleuse. J'appelle *interpellatio* une signification faite en vue d'exiger l'exécution de l'obligation (2). Pour être régulière, l'*interpellatio* doit être adressée à une personne capable qui soit tenue de payer (L. 24, *De verb. obl.*) (3). De plus, elle doit être faite après l'échéance (L. 49 § 3; L. 127, *De verb. obl.*) et en un endroit opportun ; sur ce dernier point, les jurisconsultes ne posent aucune règle précise et laissent au juge l'appréciation souveraine des faits (L. 32 pr., *De usur.*). J'ai dit, en second lieu, que la résistance à l'*interpellatio* doit être frauduleuse : si donc le débiteur n'a pas actuellement la détention de la chose due, et ne l'a point perdue par dol, de même et à plus forte raison, s'il a des motifs sérieux pour ne point se croire tenu, le refus qu'il oppose à une interpellation même légitime ne le constitue pas en demeure (L. 5, *De reb. cred.*, XII, 1. — LL. 21 et 22, *De usur.*). Et de là je conclus que la *litis contestatio* elle-même n'emporte pas toujours mise en demeure (L. 3 pr. ; L. 24 pr., *De usur.*). Elle ne produit cet effet qu'autant que le défendeur n'a pas foi en la bonté de sa cause et néanmoins aimé mieux plaider que payer (L. 82 § 1, *De verb. obl.* — L. 63, *De reg. jur*, L, 17). (4).

pas porté à généraliser ces décisions; j'estime que dans les obligations de droit strict le débiteur ne pouvait jamais échapper aux risques, soit qu'il fût réputé avoir voulu les prendre à sa charge ou qu'on les lui imposât à titre de peine.

(1) Quand il s'agit d'un voleur, on va plus loin : nous avons vu qu'on le tient pour responsable des plus-values que la chose aurait acquises depuis le vol et aurait ensuite perdues (n° 673). Cette décision rigoureuse doit-elle être restreinte au voleur, ou faut-il l'étendre à tout débiteur en demeure ? C'est une question discutée entre les interprètes.

(2) Au lieu de *interpellare* on dit quelquefois *appellare* (Cic., *Epist. ad Att.*, I, 8; *Pro Quintio*, 12. — L. 16 § 6, *De fid.*, XLVI, 1).

(3) Mais elle peut émaner d'un gérant d'affaires tout aussi bien que d'une personne compétente pour recevoir le payement (L. 24 § 2, *De usur.* — *Fr. vat.*, § 112).

(4) La demeure, par cela même qu'elle suppose le fait du créancier, est toute personnelle au débiteur interpellé. Car en général il dépend de celui qui a plusieurs obligés de les interpeller tous (t. II, p. 327, note 1). Toutefois, nous avons vu que par exception la demeure du débiteur principal réfléchit contre le fidéjusseur (t. II, p. 362). Cette rigueur n'a rien de déraisonnable, et elle est tout à fait nécessaire dans le cas où l'obligation principale a pour objet un fait que le débiteur peut seul exécuter valablement : ici en effet le fidéjusseur ne saurait être mis directement en demeure (L. 44, *De op. lib.*, XXXVIII, 1. — L. 49 § 1, *De verb. obl.*). J'ajoute que les effets de la demeure se ansmettent aux héritiers et contre eux (L. 27, *De usur.*).

Aux principes que je viens d'exposer on apporte deux exceptions : 1° lorsque le débiteur est absent et que personne n'est chargé de payer en son nom, la constatation de ce fait en présence de témoins remplace l'*interpellatio* (L. 2, *De naut. fœn.*, XXII, 2) (1) ; 2° lorsque l'obligation de restituer une chose dérive d'un délit, quel qu'il soit, la demeure se produit sans le fait du créancier. Ainsi que le disent les Romains, elle a lieu *re ipsa*, c'est-à-dire comme conséquence immédiate du délit (L. 7, C., *De cond. ob turp. caus.*, IV, 7). Nous avons vu cette règle appliquée au voleur (n° 673) ; il faut l'appliquer aussi à celui qui emploie la violence pour déposséder un tiers (L. 1 §§ 34 et 35 ; L. 19, *De vi*, XLIII, 16), ou qui détermine une aliénation *metu vel dolo* (L. 14 § 11, *Quod met. caus.*, IV, 2. — L. 18 § 1, *De dol. mal.*, IV, 3) (2).

(1) C'est probablement à cause de la simplicité de cette formalité qu'Ulpien (L. 23 pr. et § 1, *De usur.*) présente l'absent comme étant en demeure *re ipsa*.

(2) On cite souvent deux autres cas où la demeure aurait lieu *re ipsa* : 1° telle serait la règle, lorsque le créancier est un mineur de vingt-cinq ans. Mais il y a là une exagération. La faveur accordée à de telles personnes se réduit à ceci : lorsqu'elles ont une créance dont l'objet consiste en argent et dont la cause réside dans un contrat de bonne foi ou dans un fidéicommis, les intérêts courent de plein droit depuis le jour de l'échéance du capital jusqu'au jour de leur majorité. Ainsi l'avaient décidé des constitutions impériales. Mais en supposant que leur créance ait pour objet un corps certain, les cas fortuits ne tombent point à la charge du débiteur. Mieux que cela, les intérêts de l'argent dû au pupille ne courent pas s'il n'a point de tuteur ; car le débiteur est dans son droit en ne payant pas. La vérité est donc que les débiteurs des mineurs de vingt-cinq ans sont jusqu'à un certain point traités comme s'ils étaient en demeure, mais ne sont pas véritablement en demeure ; et ce qui le prouve d'une façon péremptoire, c'est qu'ils n'ont aucun moyen de se replacer dans le droit commun, tandis que la demeure proprement dite peut toujours être purgée (L. 17 § 3, *De usur.* — L. 87 § 1, *De leg.* 2°, XXXI. — L. 26 § 1, *De fid. lib.*, XL, 5. — L. 3, C., *In quib. caus. in int.*, II, 41) ; 2° dans les créances à terme, l'arrivée de l'échéance emporterait demeure, ce que l'on a formulé en ces termes : *dies interpellat pro homine*. A l'appui de cette prétendue règle, qui n'est pas plus romaine dans le fond que dans la forme, on argumente de la *stipulatio pœnæ*, qui en effet devient exigible dès l'expiration du terme apposé à l'obligation principale (n° 541). Mais l'argument ne prouve rien pour qui n'oublie pas que ce terme joue à l'égard de la *stipulatio pœnæ* le rôle d'une simple condition. Je réponds de la même manière à un argument tout à fait semblable qu'on tire des effets de la *lex commissoria* (t. II, p. 480). Au surplus, trois motifs établissent péremptoirement que l'arrivée du terme n'équivaut pas à une interpellation. Le principal, c'est que, le terme étant apposé dans l'intérêt du débiteur, il serait bien étrange qu'on le retournât contre lui. En second lieu, comme les obligations à terme sont certainement plus fréquentes que les obligations sans terme, on ne s'expliquerait guère que Marcien présentât la question de savoir si un débiteur est en demeure comme étant dans tous les cas une pure question de fait (L. 32 pr., *De usur.*). Il aurait donc oublié la règle *dies interpellat pro homine!* Enfin, n'est-il pas évident qu'une telle règle ôterait toute signification et toute

Les conséquences de la demeure ne subsistent pas toujours jusqu'à la libération du débiteur. Il s'en affranchit en offrant la chose due, soit au créancier lui-même, soit à la personne qui le représente. Mais pour être réputée sérieuse, cette offre exige la présence même de la chose (L. 72 § 3, *De sol.*) ; elle doit de plus être faite *opportuno tempore et loco* (L. 39, *De sol.*), et la prudence conseille de la faire devant témoins (L. 1, C., *De susc.*, X, 70). Ces conditions remplies, si le créancier refuse de recevoir ce qui lui est offert, la demeure est purgée, ou, si l'on veut, c'est le créancier lui-même qui se trouve *in mora*, ce qui a pour effet de décharger le débiteur des cas fortuits et peut-être même de limiter sa responsabilité au dol (L. 8 pr., *De cond. furt.*, XIII, 1. — LL. 9 et 26, *Sol. matr.*, XXIV, 3. — L. 72 pr., *De sol*). (1).

DES OBLIGATIONS HONORAIRES

SOMMAIRE : I. Des procédés que le magistrat emploie pour créer des obligations. — II. Du *damnum infectum*. — III. Du pacte de constitut. — IV. Du serment extrajudiciaire.

I. — DES PROCÉDÉS QUE LE MAGISTRAT EMPLOIE POUR CRÉER DES OBLIGATIONS

Lib. III, tit. XVIII, *De divisione stipulationum*, pr. — Stipulationum aliæ sunt judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes, tam prætoriæ quam judiciales.

§ 1. — Judiciales sunt duntaxat, quæ a mero judicis officio proficiscuntur, velut de dolo cautio, vel de persequendo servo qui in fuga est, restituendove pretio.

§ 2. — Prætoriæ sunt, quæ a mero prætoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti, vel legatorum.

Parmi les stipulations les unes sont judiciaires, d'autres prétoriennes, d'autres conventionnelles, d'autres communes, c'est-à-dire à la fois prétoriennes et judiciaires.

Sont judiciaires celles-là seules qui dérivent purement de l'office du juge, par exemple la promesse relative au dol, et celle qui a pour objet de poursuivre un esclave fugitif ou d'en restituer la valeur.

Sont prétoriennes celles qui dérivent purement de l'office du magistrat, comme les stipulations *damni*

raison d'être aux décisions que je rapportais tout à l'heure relativement aux intérêts dus par les débiteurs du mineur ?

(1) Je rappelle que la demeure est également purgée, soit par une stipulation conditionnelle faite *novandi causa*, soit par une acceptilation conditionnelle (t. II, pages 707 et 735).

Prætorias autem stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam ædilitiæ; nam et hæ a jurisdictione veniunt.

infecti et *legatorum*. Mais parmi les stipulations prétoriennes, il faut comprendre celles que les édiles ont créées; car elles ont aussi leur origine dans le pouvoir de dire le droit.

§ 3. — Conventionales sunt, quæ ex conventione utriusque partis concipiuntur, hoc est, neque jussu judicis, neque jussu prætoris, sed ex conventione contrahentium. Quarum totidem genera sunt quot, pæne dixerim, rerum contrahendarum.

Sont conventionnelles celles dont les deux parties arrêtent ensemble la formule, c'est-à-dire celles qui dérivent de la volonté des contractants, non de l'ordre du juge ou du préteur. Ces stipulations sont, pour ainsi dire, aussi variées que les objets sur lesquelles on peut contracter.

§ 4. — Communes stipulationes sunt, veluti rem salvam fore pupilli : nam et prætor jubet rem salvam fore pupillo caveri, et interdum judex, si aliter expediri hæc res non potest; vel de rato stipulatio.

Sont communes, par exemple, les stipulations *rem pupilli salvam fore*; car c'est en général le préteur qui fait donner cette garantie au pupille; mais parfois c'est le juge lorsqu'il n'y a pas moyen de faire autrement. Telle est aussi la stipulation *de rato*.

715. J'ai déjà dit (t. II, p. 189, note 1) que les obligations honoraires sont presque toutes prétoriennes; je tiendrai donc ces deux expressions pour synonymes, employant indifféremment l'une ou l'autre, et en cela je ne ferai que me conformer aux habitudes des jurisconsultes eux-mêmes. Pour créer une obligation, le magistrat emploie invariablement l'un des deux procédés suivants : tantôt il exige qu'une personne se lie envers une autre par une stipulation, et alors, la stipulation une fois faite, l'obligation devient civile tant par sa forme que par la sanction qu'elle reçoit. D'autres fois, il donne directement une action, et ici rien ne vient dissimuler l'origine prétorienne de l'obligation. Entre ces deux procédés le choix du magistrat n'est point arbitraire : il use du premier pour prévenir un dommage éventuel et garantir un droit futur plutôt qu'un droit déjà né (1); il recourt au second, lorsque le droit à sanctionner résulte d'un fait déjà accompli (L. 27 § 10, *Ad leg. Aqu.*, IX 2).

(1) Dans des cas semblables il arrive quelquefois que le droit civil lui-même emprunte le procédé prétorien et ordonne des promesses verbales. Comme exemples, je citerai celles qui interviennent dans l'adrogation d'un impubère (n° 112),

L'étude du premier procédé se confond avec celle des stipulations dites prétoriennes. Avant de définir le sens exact de cette expression, je dois faire connaître une classification des stipulations que les Institutes empruntent à Pomponius (L. 5 pr., *De verb. obl.*), et que j'ai intentionnellement omise dans l'exposé général de la théorie des obligations verbales. Donc les Institutes (pr. *sup.*) distinguent quatre classes de stipulations : 1° les stipulations conventionnelles. — Ce sont celles qui procèdent de la libre volonté et de l'initiative des parties (§ 3 *sup.*) ; 2° les stipulations judiciaires. — Ce sont celles que le juge ordonne dans le cours d'une instance (§ 1 *sup.*). Pour me borner à un seul exemple, supposez que, dans une revendication, le demandeur ayant justifié de son droit de propriété, le défendeur se déclare prêt à restituer la chose. Comme on peut craindre qu'il ne l'ait endommagée, et même, si par hasard il l'a usucapée *inter moras litis*, qu'il ne l'ait grevée de droits réels, le juge, avant de l'absoudre, lui impose de compléter la restitution par une promesse *de dolo* (LL. 18 et 20, *De rei. vind.*, VI, 1). Grâce à cette précaution, le demandeur, venant plus tard à découvrir qu'un dol a été commis, ne sera pas réduit à en poursuivre la réparation par l'action *de dolo* : il aura l'action *ex stipulatu* (1) ; 3° les stipulations prétoriennes. — Ce sont celles que le préteur lui-même ou un autre magistrat ordonne en dehors d'une instance proprement dite (§ 2 *sup.*). Dans cette catégorie rentrent les stipulations déjà connues qui interviennent entre l'usufruitier et le nu-propriétaire (n° 276), entre l'héritier et le légataire dont le droit n'est pas encore exigible ou certain (n° 384), de même entre un légataire quelconque et l'héritier lorsqu'on ne sait pas encore si les legs seront réductibles (n° 402 *in fine*), enfin entre l'émancipé qui doit le rapport et le *suus* qui en profite (n° 452) ; 4° les stipulations communes. — Ce sont celles qui interviennent en règle générale sur l'ordre du magistrat, et accidentellement sur l'ordre du juge (§ 4 *sup.*). Telle est la *cautio rem pupilli salvam fore* (n° 141). Pour celle du quasi-usufruitier (n° 280) et celle qu'on exige des magistrats municipaux (L. 38 §§ 2 et 6, *Ad munic.*, L, 1).

(1) Quand l'action de dol aura été étudiée, on verra que l'utilité de la *cautio de dolo* ne se restreint pas à l'hypothèse que je viens de présenter. Du reste la stipulation *de dolo* n'est pas la seule stipulation judiciaire. Ici même (§ 1 *sup.*) les Institutes en nomment une seconde sur laquelle je m'expliquerai à propos de la revendication (n° 808 *in fine*), et l'on en trouvera d'autres encore en parcourant les textes (Inst., §§ 2 et 3, *De off. jud.*, IV, 17. — L. 2 § 5, *Fam. ercisc.*, X, 2).

comprendre qu'elle soit ordonnée par le juge, il faut d'abord savoir que le tuteur ne plaide pas valablement au nom du pupille, tant qu'il n'a point satisfait à l'obligation de fournir cette *cautio* (L. 4, C., *In. quib. caus.*, II, 41. — L. 3, C., *De tut. vel cur.*, V, 42). Cela étant, supposons que dans le cours d'une instance où le tuteur joue le rôle de demandeur, le défendeur s'aperçoive que la *cautio* n'a point été exigée par le magistrat municipal, il devra s'adresser au juge pour obtenir la réparation de cette négligence; sans quoi, absous ou condamné, il risquerait de voir la poursuite recommencée par le pupille, et n'aurait d'autre ressource que de recourir contre le tuteur peut-être insolvable. C'est ainsi que Théophile (sur le § 4 *sup.*) explique le caractère mixte de cette *cautio* (1).

En examinant de près cette classification, on aperçoit bien vite qu'au fond elle contient deux choses : d'abord une division générale des stipulations en deux classes : les unes spontanées et libres, les autres imposées et réglées par l'autorité; puis, une subdivision de ces dernières en trois catégories. Des stipulations spontanées, je n'ai plus rien à dire. Quant à celles qui dérivent d'un ordre de l'autorité, il faut rechercher ce que vaut la subdivision que les Institutes nous en donnent. Or, ou je me trompe, ou elle n'a rien de rationnel, car elle ne repose que sur un élément purement empirique. Quelle est en fait et dans chaque cas spécial l'autorité qui enjoint à telle personne de s'obliger par une promesse envers telle autre personne? Voilà tout ce que les Institutes examinent. Acceptons un instant ce point de vue, et nous serons conduits à décider, d'une part, que la *cautio de dolo* est quelquefois prétorienne, car il y a des cas où nous la trouvons ordonnée par le Préteur lui-même (L. 32, *De nox. act.*, IX, 3), et, d'autre part, que plusieurs des stipulations qu'on qualifie prétoriennes, notamment la *cautio damni infecti* et les quatre que je citais tout à l'heure en exemples, pourront être conventionnelles ; car il est bien

(1) Parmi les stipulations communes les Institutes rangent la *cautio de rato*, et Pomponius la *stipulatio duplæ* exigée par l'édit des édiles curules dans les ventes d'esclaves (§ 4 *sup.* — L. 5 pr., *De verb. obl.*). Quant à la *cautio de rato*, ou les Institutes se trompent, ou la législation avait changé depuis l'époque des jurisconsultes; car Ulpien nous apprend qu'elle ne pouvait pas être demandée après la *litis contestatio* (L. 40 § 3, *De proc.*, III, 3). Quant à la *cautio duplæ*, on a cru trouver dans la loi 14 § 1, *De noxalibus actionibus* (IX, 4), le cas où elle serait ordonnée par le juge. Mais ce n'est là qu'une conjecture : le texte, en effet, suppose bien que le juge ordonne une promesse *de evictione*, mais il n'exprime pas du tout que cette promesse soit du double.

évident que la personne qui se sait obligée à fournir de telles promesses exécutera souvent son obligation sans se laisser traduire devant le magistrat. Aussi à la classification tout empirique des Institutes j'en substituerai une autre plus simple, plus nette, et j'ajoute plus conforme à l'ensemble des textes. Parmi les stipulations que l'autorité impose, les unes ne figurent point dans l'édit, et je leur laisserai, si l'on veut, le nom de stipulations judiciaires, mais sans distinguer si en fait c'est le juge ou le magistrat qui les ordonne. Les autres au contraire sont proposées dans l'édit, c'est-à-dire que d'avance et d'une manière générale le magistrat détermine les cas où elles seront exigibles et la formule dans laquelle elles devront être conçues. Ce sont ces dernières seules qu'il faut appeler prétoriennes (L. 52 pr., *De verb. obl.*) (1), et cela quand même elles interviendraient en fait sur l'ordre du juge ou même à l'amiable. Les stipulations que les Institutes appellent communes sont donc dans tous les cas des stipulations prétoriennes, et c'est bien ainsi qu'on les présente au Digeste (L. 1 § 2, *De stip. prœt.*, XLVI, 5). Ces idées admises, on voit sans peine que les stipulations prétoriennes émanent directement du pouvoir législatif du magistrat, *ex jurisdictione*, comme dit Justinien (§ 2 *sup.*), tandis que les stipulations judiciaires ne se rattachent qu'aux pouvoirs du juge. Les unes sont de véritables institutions juridiques, elles créent des droits et équivalent à des actions ; les autres ne sont que de simples expédients, des moyens pratiques dont le juge se sert pour mieux assurer les droits qu'il a constatés. Les unes, par conséquent, ont leur théorie générale, et chacune d'elles a sa théorie spéciale ; les autres, au contraire, ne donnent lieu à aucune espèce de théorie proprement dite. Aussi voyons-nous que le Digeste affecte un titre général aux stipulations prétoriennes et à plusieurs d'entre elles un titre particulier, tandis que les stipulations judiciaires n'y apparaissent qu'en des textes épars et sans lien, perdues en quelque sorte dans le détail des diverses actions auxquelles elles se rattachent.

716 *a*. Renfermons-nous désormais dans l'étude des stipulations prétoriennes. On sait déjà qu'elles figurent dans l'édit. Mais bien évidemment le magistrat n'a pas pu leur donner à toutes une conception

(1) Ce texte général est confirmé par des textes spéciaux qui prouvent que la formule de la *cautio damni infecti* figurait dans l'édit (Gaius, IV, § 31. — *Lex Rubria*, cap. XX). Du reste, l'édit du préteur n'était pas le seul qui proposât des stipulations. Nous avons vu plusieurs stipulations édilitiennes en matière de vente, et Ulpien (VII, § 3) cite une *stipulatio tribunitia* en matière de dot.

uniforme, y insérer les mêmes clauses et en faire dériver dans tous les cas des obligations identiques. Ainsi il y en a qui, comme la *stipulatio duplæ*, ne consistent jamais qu'en une promesse personnelle ; d'autres, et c'est le plus grand nombre, exigent en outre une *satisdatio*, telles sont les *cautiones judicatum solvi, de rato, legatorum*, et celle que fournit l'usufruitier. Quelques-unes enfin, comme la *cautio damni infecti*, se bornent en principe à une simple promesse, et ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'elles sont accompagnées de *satisdatio* (L. 1 §§ 5 à 8, *De stip. præt.*). Au surplus il y a une clause qui paraît se rencontrer dans toutes, c'est la *clausula doli*, par laquelle le promettant se rend expressément responsable de son dol. Nous la trouvons notamment dans la promesse de l'usufruitier (L. 5 pr., *Usuf. quem. cav.*, VII, 9), dans les *cautiones legatorum* (L. 1 pr., *Ut leg.*, XXXVI, 3), *judicatum solvi*, (LL. 6, et 19, *Jud. solv.*, XLVI, 7), *de rato* (L. 22 § 7, *Rat. rem*, XLVI, 8) et *damni infecti* (*Lex Rubria*, cap. XX) (1). Grâce à cette clause, les stipulations prétoriennes se rapprochent sensiblement des contrats de bonne foi.

Ulpien (L. 1 pr., §§ 1 à 3, *De stip. præt.*) distingue trois sortes de stipulations prétoriennes, qu'il appelle *judiciales, cautionales* et *communes* (2). Sont *judiciales* celles qui ont pour but d'assurer la marche d'une instance judiciaire, le respect de la chose jugée, et, s'il y a lieu, l'exécution d[illegible]ondamnation, par exemple la caution *judicatum solvi*. Sont *cautionales celles* qui ne se rapportent à aucune instance et dont le but [illegible] donner naissance à une action que le stipulant ne t[illegible]e droit civil. Telles sont les *cautiones legatorum*, [illegible], *rem pupilli salvam fore*, et je puis dire la majorité [illegible]ulations prétoriennes (3). Enfin, sont *communes* les *vadimonia* ou stipulations faites *judicio sistendi causa*, c'est-à-dire en vue d'assurer qu'une personne régulièrement appelée *in jus* comparaîtra à jour donné devant le magistrat. Ces stipulations interviennent à l'occasion d'un litige, et c'est en quoi elles

(1) Voy. aussi L. 1 pr., *Si cui plus quam per leg. Falc.* (XXXV, 3) ; L. 5 § 1, *De coll.*, (XXXVII, 6.) ; L. 21 § 2, *De op. nov. nunt.* (XXXIX, 1).

(2) J'ai à peine besoin de faire remarquer que les mots *judiciales* et *communes* prennent ici une signification toute différente de celle que les Institutes leur ont donnée.

(3) Il y a ici une petite difficulté : Ulpien (*loc. cit.*, § 2) range la *cautio de rato* parmi les stipulations *cautionales*. Mais plusieurs interprètes la regardent avec beaucoup de vraisemblance comme *judicialis*, car elle intervient à propos d'une instance et tend à empêcher que la chose jugée ne soit remise en question. Ces motifs permettent de croire qu'une transposition a été opérée dans le texte.

ressemblent à celles de la première classe; mais elles ne tendent qu'à rendre possible l'engagement de l'instance et non point à en garantir les résultats, et par là elles se rapprochent de celles de la seconde classe. Sur les stipulations *cautionales*, Ulpien nous fait remarquer qu'elles sont l'image et l'équivalent d'une action (*instar actionis habent*) (1). Mais c'est là, je l'ai déjà dit, un caractère qui appartient plus ou moins à toutes les stipulations prétoriennes (2), puisqu'elles ont toutes pour résultat de faire naître une action qui n'existerait pas sans elles. Je dirai donc, pour expliquer et préciser la pensée d'Ulpien, que la création d'une action est le but principal, l'unique raison d'être des stipulations *cautionales*, tandis que dans les deux autres sortes l'action créée n'est qu'un moyen de contrainte pour arriver à un but plus éloigné. En d'autres termes, la stipulation *cautionalis* se suffit à elle-même, elle crée une situation destinée à durer jusqu'à nouvel ordre; au contraire, les stipulations *judiciales* et *communes* ne se suffisent pas; elles ne sont que le préliminaire d'une lutte sans laquelle elles n'auraient aucun sens. Quant à l'intérêt pratique de la classification présentée par Ulpien, nous le retrouverons tout à l'heure, et l'on verra qu'il se réduit à fort peu de chose.

717 *a*. Maintenant quelles sont les principales règles qui séparent les stipulations prétoriennes des stipulations libres? J'en citerai sept dont six sont absolument générales; la septième seule sera propre aux stipulations *cautionales*. Les quatre premières se rattachent simplement à cette idée, que les stipulations prétoriennes correspondent à des obligations créées par le magistrat; les trois autres s'expliquent par la ressemblance de ces stipulations à des actions :

1° C'est un droit pour le stipulant d'interroger son adversaire selon la formule proposée dans l'édit, et c'est également un droit pour le promettant de n'être interrogé que selon cette formule. Si donc l'une des parties juge nécessaire ou opportun d'y ajouter ou d'en retrancher quelque chose, et qu'elle n'obtienne point l'assentiment de son adversaire, elle devra s'adresser au magistrat, seul compétent

(1) On trouve dans un texte l'expression *actio damni infecti* (L. 33, *De damn. inf.*).

(2) Il y a deux textes d'Ulpien qu'on peut entendre en ce sens, savoir la loi 37 pr., *De obl. et act.* (XLIV, 7), et surtout la loi 10 § 3, *De comp.* (XVI, 2). Cette dernière porte : *in stipulationibus, quæ instar actionum habent, id est prætoriis.* Il est vrai qu'on a proposé la suppression des mots, *id est prætoriis*, comme étant interpolés. Mais je les trouve reproduits dans le texte correspondant des Basiliques, (XXIV, 10, 16), et je les maintiens.

pour modifier, selon les circonstances, la forme ou le fond d'une stipulation dont il a lui-même donné le modèle (L. 52 pr., *De verb. obl.* — L. 1 § 10, *De stip. præt.*) (1) ; 2° pareillement, les difficultés qui s'élèvent sur le sens et la portée des clauses de la stipulation doivent être tranchées par le magistrat lui-même. Créateur de la formule, il en est aussi le seul interprète (L. 9, *De stip. præt.*). Mais, sous cette réserve, les stipulations prétoriennes donnent lieu, comme les autres, à la délivrance de l'action *ex stipulatu* ; 3° dans les cas où la stipulation prétorienne suppose une satisdation, cette garantie ne peut être remplacée par aucune autre, pas même par le dépôt d'une somme d'argent (L. 7, *De stip. præt.*) ; 4° dans les mêmes cas, si la satisdation une fois fournie devient inefficace ou nulle par quelque cas fortuit, comme l'insolvabilité du fidéjusseur ou la confusion de sa personne avec celle du créancier, elle doit être renouvelée (L. 1, *De stip. præt.* — L. 8 § 3, *Qui sat. cog.*, II, 8. — L. 1, *Ut in poss. leg.*, XXXVI, 4) ; 5° la compensation peut être opposée au stipulant, c'est-à-dire que les obligations dont il est actuellement tenu envers le promettant doivent, à la demande de ce dernier, être mentionnées dans la formule de la stipulation, et que cette mention autorise par avance le juge de l'action *ex stipulatu* à en tenir compte. Bien mieux, les causes de compensation que le débiteur n'a point fait insérer dans l'interrogation à laquelle il a répondu peuvent néanmoins, et cela par un effet de la *clausula doli*, être par lui opposées sur l'action *ex stipulatu* (L. 10 § 3, *De comp.*, XVI, 2) (2) ; 6° la stipulation peut toujours être faite par un *procurator*, c'est-à-dire par un mandataire ou un gérant d'affaires, et alors, quoique l'action naisse en sa personne, elle peut, après examen, et surtout s'il est insolvable, être donnée au véritable intéressé, à l'exemple de l'action *judicati* (L. 1 § 4, *Ut leg.* — L. 8 § 16, *De damn. inf.*, XXXIX, 2. — L. 5, *De stip. præt.* — T. II, page 542, note 2) ; 7° quand c'est un *procurator* qui stipule et que la stipulation est *cautionalis*, il doit donner la *cautio de rato*, c'est-à-dire promettre avec satisdation que ce qu'il fait sera ratifié par le véritable intéressé, et que celui-ci ne viendra point exiger une nouvelle promesse ou de nouveaux fidéjusseurs

(1) C'est ainsi, par exemple, que le magistrat peut faire insérer dans la stipulation un terme à l'arrivée duquel elle perdra sa force (L. 10, *De stip. præt.*).

(2) Pour ceux qui font subir à cette loi la suppression dont j'ai parlé tout à l'heure (p. 768, note 2), ce n'est plus une règle générale qu'elle pose, mais une règle propre aux stipulations *cautionales*.

(L. 20, *Rat. rem*, XLVI, 8. — L. 39 § 3, *De damn. inf.*) (1).

Ces notions générales seraient à peu près complètes, si je recherchais quelle procédure on doit suivre pour obtenir une promesse prétorienne et quelles conséquences entraîne la résistance du défendeur. Mais la première question n'a pour nous qu'un intérêt médiocre, et les textes ne nous donnent pas de quoi la résoudre avec certitude. Quant à la seconde, elle ne comporte pas de réponse générale et demande à être résolue distinctement dans chaque cas particulier; car selon la stipulation dont il s'agit, la forme et l'énergie de la sanction diffèrent. Du reste, parmi les stipulations prétoriennes qui présenten une importance réelle, plusieurs ont déjà été étudiées, d'autres le seront à propos des actions. La seule sur laquelle je me propose d'insister dans un instant sera la *cautio damni infecti*.

718. Le second procédé, et c'est aussi le plus fécond, auquel le Préteur recourt pour créer des obligations, consiste, ai-je dit, à donner une action dans des cas où le droit civil n'en donne pas. Et, sous ce nom d'actions, je comprends toute espèce de voies de poursuites, non seulement donc des actions ordinaires, c'est-à-dire qui supposent la délivrance d'une formule, mais aussi des *persecutiones extra ordinem* et des interdits. A l'exemple des obligations civiles, celles que le Préteur reconnaît dérivent ou d'un fait licite ou d'un fait illicite, et par conséquent les actions qui les sanctionnent sont tantôt *rei persequendæ gratia*, tantôt pénales. Mais ce serait une erreur que de voir dans chaque action prétorienne une véritable création originale. Sans doute il y en a plusieurs où tout est nouveau,

(1) Pour restreindre cette règle aux stipulations dites *cautionales*, je m'appuie sur la façon dont Ulpien s'exprime dans la loi 20, *Ratam rem*, etc. Cette restriction *si vicem repræsentant actionum* marque bien qu'il n'entend pas donner une décision applicable à toutes les stipulations prétoriennes. Du reste, je n'exclus de la règle posée que les stipulations purement *judiciales*, et alors l'exclusion est facile à motiver. Attachons-nous, en effet, aux exemples donnés par Ulpien (L. 1 § 1, *De stip. prœt.*). Il ne cite que deux *cautiones judiciales*, savoir la *cautio judicatum solvi* et la *cautio ex operis novi nuntiatione*. Or le *procurator* qui demande l'une ou l'autre a déjà dû par hypothèse fournir la *cautio de rato;* car sans cela, on ne peut pas *alieno nomine* intenter une action quelconque (Gaius, IV, § 98) ou faire une *nuntiatio operis novi* (L. 5 § 18, *De op. nov. nunt.*, XXXIX, 1). Cela étant, à quoi bon forcer le *procurator* à donner une seconde fois la *cautio de rato ?* Mais en admettant, comme je le disais tout à l'heure (p. 767, note 3), que cette *cautio de rato* soit elle-même *judicialis*, il me reste à expliquer pourquoi le *procurator* qui la demande n'est pas aussi astreint à la fournir. L'explication est facile à trouver : puisque par hypothèse ce *procurator* joue le rôle de défendeur à une action, et par conséquent a dû donner la *cautio judicatum solvi* (Gaius, IV, §§ 90 et 101), ce serait chose inutile d'exiger de lui une autre *cautio*.

le nom et les règles; mais il y en a d'autres, et c'est le plus grand nombre, qui ne sont que des applications nouvelles d'actions anciennes : au lieu de créer, le magistrat se contente alors de développer les données du droit civil; prenant une action connue, il en modifie les formes sans en changer ni le nom ni les effets, et par analogie l'étend à des cas que ne prévoyait point l'ancienne législation, ou la donne entre parties dont l'une n'en était pas investie ou l'autre tenue. On dit alors que l'action est *utilis*, tandis qu'elle est directe lorsqu'elle appartient en propre au magistrat. Les actions prétoriennes directes ont toujours une *intentio in factum*. Quant aux actions utiles, tantôt elles contiennent la fiction d'un droit reconnu par le *jus civile*, et alors on les appelle *fictitiæ;* telles sont celles que nous avons vu donner soit au *bonorum possessor* et au *bonorum emptor*, soit contre eux; tantôt, et c'est peut-être le cas le plus ordinaire, elles ont elles-mêmes une *intentio in factum*, ainsi que nous l'avons vu pour l'action *utilis legis Aquiliæ* (L. 11, *De præscr. verb.*, XIX, 5). Je me borne à ces indications sommaires que je ne pourrais développer sans anticiper sur la théorie des actions (n[os] 790 à 794).

La procédure mise à part, l'étude des obligations prétoriennes garanties par voie d'action utile se confond bien visiblement avec l'étude des obligations civiles dont elles empruntent la sanction, et c'est une raison qui me dispense de m'en occuper ici. Quant à celles qui correspondent à des actions originales et directes, en les renvoyant à la matière des actions, je ne ferai que me conformer au procédé du Préteur lui-même, et la clarté n'y perdra rien. Il y en a deux toutefois, celles qui résultent du constitut et du serment extrajudiciaire, qui me paraissent avoir ici leur place naturelle, et cela pour deux raisons : la première, c'est qu'à regarder le fond des choses plutôt que le langage, le constitut est un véritable contrat, et le serment tantôt un contrat, tantôt un mode d'extinction des obligations, de sorte qu'en les faisant connaître j'achèverai de montrer comment les obligations naissent ou s'éteignent par voie de convention. La seconde raison, c'est que le serment et le constitut diffèrent de la plupart des faits qui servent de cause à des obligations prétoriennes : en général, ces faits n'ont pas de caractère juridique, par conséquent sont fort simples, et l'on a moins besoin de les étudier en eux-mêmes que d'insister sur l'action qu'ils engendrent; ici au contraire nous sommes en présence de deux faits juridiques qui demandent à être décrits et analysés avec beaucoup de soin.

II. — DU *damnum infectum*.

719. Le *damnum infectum* est un dommage futur, un dommage simplement possible et plus ou moins imminent (L. 2, *De damn. inf.*, XXXIX, 2), et la *cautio damni infecti* consiste à en promettre d'avance la réparation. Cette *cautio* intervient dans deux hypothèses fort distinctes. La première seule est vraiment importante.

Première hypothèse. — Mon fonds menace de nuire au vôtre, soit par une cause naturelle, comme un éboulement de terrain, soit par la destination ou le mauvais état de travaux déjà existants, par exemple j'ai un four contigu au mur commun ou une maison délabrée qui peut tomber d'un jour à l'autre, soit enfin par suite de travaux que je me propose d'entreprendre (L. 9 § 2; L. 24 § 7; L. 39 pr., *De damn. inf.*). Le dommage venant à se réaliser, par exemple ma maison tombant, quelle serait, d'après les principes du droit civil, notre situation réciproque? Dans l'opinion générale, rapportée et approuvée par Gaius, vous ne pourriez exiger de moi que l'abandon des décombres, vous ne pourriez pas même me forcer à les enlever (L. 6, *De damn. inf.*) (1). A plus forte raison, ne serais-je tenu d'aucune espèce d'action pour vous indemniser. Car je n'ai point contracté avec vous, et d'autre part c'est à tort que vous voudriez recourir à l'action de la loi Aquilia, puisque le dommage par vous éprouvé résulte seulement de l'usage que j'ai fait ou que j'ai négligé de faire de mon droit de propriété, et que la propriété ne contient le principe d'aucune espèce d'obligation. Telle était la rigueur du droit civil; mais le Préteur, qui n'admettait pas que l'usufruitier se montrât négligent sous prétexte que son droit réel ne l'obligeait à rien (n° 276), n'admit pas non plus que le propriétaire pût, sous le même prétexte, se refuser impunément à prévenir les dommages que sa chose pourrait causer à des voisins. Il considéra cette abstention, non plus comme l'exercice

(1) Il est bien certain que ces décisions expriment le droit admis avant l'introduction de la *cautio damni infecti*. Car Gaius les présente comme étant encore applicables de son temps dans les cas où cette *cautio* n'a pas été fournie. A cet égard, toutefois, d'autres textes le contredisent. Notamment Julien voulait que le propriétaire de l'immeuble qui avait causé le dommage ne pût ni enlever les décombres sans s'obliger à réparer tous les dommages réalisés ou futurs, ni les abandonner sans abandonner la maison tout entière (L. 7 § 2, *De damn. inf.*).

légitime d'un droit, mais comme une faute ; et de là la *cautio damni infecti* par laquelle le propriétaire s'oblige à réparer tous les dommages qu'aura occasionnés son immeuble, pourvu toutefois qu'il lui ait été possible de les prévoir et de les empêcher (L. 24 §§ 3 à 11, *De damn. inf.*). Cette *cautio* comble donc une véritable lacune du droit civil (1), et c'est pourquoi elle ne peut jamais être demandée par celui auquel le droit commun assure, le cas échéant, la garantie d'une action (L. 9 § 6 ; L 18 § 4 ; L. 32, *De damn. inf.*).

A. L'obligation de fournir la *cautio damni infecti* n'incombe jamais qu'au propriétaire de l'immeuble qui menace ruine, ou, si la propriété est douteuse, au possesseur (L. 31 § 1 ; L. 39 § 1, *De damn. inf.*) ; et le droit de l'exiger, je veux dire de l'exiger en son propre nom et sans fournir soi-même la *cautio de rato*, n'appartient en principe qu'au propriétaire menacé et aux détenteurs responsables de la garde de la chose (L. 18 pr. et § 8, *De damn. inf.*) (2). Du reste, attendu l'urgence que cette matière comporte, ce droit s'exerce aussi bien devant les magistrats municipaux que devant le Préteur lui-même, mais dans presque tous les cas une condition est imposée au demandeur : il doit jurer que ce n'est point l'esprit de chicane qui le fait agir (L. 1 ; L. 13 §§ 3 et 4, *De damn. inf.*). Que si nous envisageons les règles intrinsèques de cette *cautio*, deux clauses spéciales s'y rencontrent invariablement : d'abord elle contient fixation d'un terme à l'arrivée duquel elle perdra son effet, sauf à être de nouveau exigée, si le danger n'a pas disparu (L. 13 § 15 ; L. 14, *De damn. inf.*). En second lieu, elle exprime formellement que les droits ou obligations des parties se transmettront à leurs successeurs, et sous ce nom l'on comprend leurs ayant-cause même à titre particulier ; de telle sorte que le dommage a beau ne survenir qu'après l'aliénation de l'un des

(1) Je n'entends pas dire que le droit civil fût resté tout à fait muet en cette matière. En effet, Gaius, dans un texte mutilé (IV, § 31), nous apprend que de son temps encore le *damnum infectum* pouvait servir de cause à une *legis actio*, probablement à une *pignoris capio*, mais qu'on n'usait point de ce procédé attendu que la stipulation prétorienne paraissait beaucoup plus avantageuse. Dans le même sens on remarquera que cette stipulation paraît avoir été introduite par le *prætor peregrinus* et appliquée d'abord entre pérégrins (*Lex Rubria*, cap. XX).

(2) Ce droit finit par être étendu au gagiste, au *superficiarius* et à l'usufruitier. Mais on ne l'admit jamais à l'égard du simple possesseur de bonne foi (L. 11 ; L. 13 §§ 8 et 9, *De damn. inf.*). Les principes veulent également qu'on le refuse à l'acheteur qui n'a pas encore reçu la tradition, et il n'en souffre pas, puisque le vendeur est tenu d'agir. Cependant il y a des cas exceptionnels où la *cautio* peut être exigée par cet acheteur (L. 18 §§ 7 à 10 ; L. 38 pr., *De damn. inf.*).

deux immeubles, la stipulation n'en produit pas moins tous ses effets entre les propriétaires actuels (L. 24 § 1 ; L. 17 § 4, *De damn. inf.*). Du reste, en règle générale, la *cautio damni infecti* consiste en une simple promesse ; mais par exception elle implique *satisdatio* lorsque le promettant y figure *alieno nomine*, c'est-à-dire sans y être obligé par l'édit. Il suit de là que le créancier gagiste, le *superficiarius*, l'usufruitier, nonobstant l'intérêt personnel qui peut les déterminer à faire la promesse, devront fournir des fidéjusseurs (L. 9 §§ 4 et 5; L. 10; L. 15 § 25, *De damn. inf.*) (1).

Reste une question : lorsque sur l'injonction du magistrat la *cautio damni infecti* est refusée, quelles sont les conséquences de ce refus (2)? Le magistrat rend un premier décret par lequel le demandeur est envoyé en possession de tout ou partie de l'immeuble voisin, mais à titre purement conservatoire (*vice cautionis*). Puis, si la désobéissance se prolonge, un second décret, rendu au bout d'un temps qui n'a rien de fixe et après examen des circonstances, transforme cette possession en une possession proprement dite. Entre les effets de ces deux décrets la différence est grande : le premier permet bien au demandeur de prendre toutes les mesures nécessaires en vue de prévenir le dommage redouté ; mais il ne le conduit point à l'usucapion et ne l'autorise pas à expulser le propriétaire, celui-ci restant libre d'échapper aux conséquences de la *missio in possessionem*, sous la seule condition de fournir la *cautio* et de rembourser les dépenses légitimement faites par l'envoyé. Au contraire, le second décret constitue un juste titre d'acquisition. C'est donc en vain que désormais la *cautio* serait offerte : le demandeur s'achemine sans rien craindre à l'usucapion ou à la *præscriptio longi temporis*, et devant son droit

(1) Cette décision est souvent inique ; car dans leurs rapports avec le propriétaire du bien que leur droit réel affecte, il est possible que ces personnes commettent une faute en ne donnant pas la *cautio damni infecti*. Du reste, il est évident que, dans l'hypothèse d'un usufruit, la charge des réparations à faire ou le préjudice résultant de la *cautio* fournie doit toujours finalement se répartir entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, quel que soit celui des deux qui ait fait les dépenses ou donné la *cautio* (L. 22, *De damn. inf.*).

(2) On a conjecturé qu'au début le Préteur délivrait immédiatement une action *fictitia* où le juge statuait comme si la promesse eût été faite et fût devenue exigible par la réalisation du dommage. Cette conjecture est fondée sur deux formules d'actions que nous trouvons dans la loi *Rubria* (cap. XX). Mais outre que ces formules ne sont peut-être que l'expression d'un droit spécial à la Gaule Cisalpine pour laquelle cette loi était faite, elles paraissent se rapporter seulement au cas où le dommage arrive après que la *cautio* a été demandée et avant qu'elle ai été fournie.

s'effacent tous les droits réels antérieurs (L. 12; L. 15 §§ 11, 16, 20 à 25, 30, 31, 33, *De damn. inf.*) (1).

A. *Seconde hypothèse.* — Ici je suppose qu'un tiers veut entrer sur mon fonds soit pour y rechercher ou en retirer des objets qui lui appartiennent, soit pour y faire les travaux que comporte l'exercice d'un droit de servitude, soit même pour détruire et enlever des ouvrages qu'il y a établis comme locataire. Dans tous ces cas je puis exiger de lui la *cautio damni infecti* (L. 9 § 1; L. 15, *Ad exhib.*, X, 4. — L. 19 § 4, *Loc.*, XIX, 2. — L. 9 § 3; L. 30, *De damn. inf.*). Ce qui caractérise cette hypothèse, moins pratique et moins connue que la précédente, c'est que la menace du dommage ne vient pas du mauvais état d'un fonds voisin : elle résulte d'un droit qui ne peut s'exercer que sur le fonds d'autrui.

III. — DU PACTE DE CONSTITUT.

Lib. IV, tit. VI, *De actionibus*, § 8. — In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet prætor : veluti de pecunia constituta, cui similis videbatur receptitia. Sed ex nostra constitutione, quum, et si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est, ea quasi supervacua jussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere.

§ 9. — De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque pro se vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita; nam alioquin, si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.

En vertu de son pouvoir de déclarer le droit, le préteur a aussi proposé des actions personnelles, par exemple celle de constitut, à laquelle ressemblait l'action *receptitia*. Mais tout ce que celle-ci pouvait avoir de plus avantageux, notre constitution l'a fait passer dans l'action de constitut, et elle-même ainsi devenue superflue a dû perdre sa force et disparaître de nos lois.

On agit par l'action de constitut contre tous ceux qui se sont chargés de payer ou pour eux-mêmes ou pour autrui, mais sans qu'une stipulation intervînt; autrement, s'ils ont répondu à une stipulation, ils sont tenus d'après le droit civil.

(1) L'hypothèse que je viens de prévoir comprend le dommage qui peut résulter de travaux faits ou possédés *in loco publico* par un simple particulier. Dans ce cas, la *cautio* est toujours fournie pour un terme fixe de dix ans, et elle est invariablement accompagnée de *satisdatio* (L. 15 §§ 2 à 9, *De damn. inf.* — L. 1 § 7, *De stip. præt.*). On remarquera en outre qu'ici le possesseur n'est responsable que des vices de construction, non des vices du sol (L. 24 pr., *De damn. inf.*).

720. L'idée première du constitut parait avoir été empruntée au *receptitium* ou *receptum*, vieille forme de contrat que la pratique avait consacrée dans les rapports des banquiers avec leurs clients, et sur laquelle nous avons pour tous renseignements quelques lignes des Institutes (§ 8 *sup.*), la paraphrase correspondante de Théophile, et une constitution de Justinien où il y a, comme souvent, plus de phraséologie que de lumière (L. 2, C., *De const. pec.*, IV, 18) (1). Nous savons que les banquiers seuls s'obligeaient en cette forme, que leur obligation était sanctionnée par une action perpétuelle dite *receptitia* (2), et qu'elle avait pour objet un ou plusieurs payements à faire à un tiers ou pour le compte d'un tiers (3), et cela sans qu'on distinguât si ce tiers était ou non créancier du banquier, ni si lui-même devait quelque chose ou ne devait rien à la personne qui toucherait le payement. L'objet du *receptum* ainsi déterminé, on voit tout de suite que selon les circonstances il contient une ouverture de crédit ou n'est qu'une façon de mettre à la disposition d'un client, soit à jour fixe, soit à volonté, des fonds déposés par lui dans une maison de banque ou qu'elle a encaissés pour compte. On voit également que comme le *receptum* ne suppose aucune provision fournie au banquier, l'action qui en résulte n'est pas exposée à échouer contre l'exception *non numeratæ pecuniæ*, et à ce point de vue, ce contrat présente un avantage évident sur la stipulation et la *transcriptio*. Mais comment se formait-il ? Quelques mots obscurs de Justinien ont fait croire à plusieurs interprètes qu'il exigeait des solennités de paroles. Mais à ce compte le *receptum* eût été d'une application plus gênante que le contrat *litteris*, et au lieu de simplifier les rapports des banquiers avec leurs clients, il les eût compliqués. J'estime donc que, s'il exigeait quelques formalités, ce ne pouvait être que des écritures, et probablement fort simples. A l'époque de Justinien, le *receptum* était

(1) Les textes relatifs au *receptum* ont été ou exclus du Digeste ou corrigés (L. 6 § 3, *De ed.*, II, 13).

(2) *Receptum*, *receptitius* viennent du mot *recipere* qui dans la langue du droit signifie souvent se charger de quelque chose, s'obliger. C'est ainsi qu'on dit *recipere periculum*, prendre les risques à sa charge (L. 13 § 5, *Loc.*, XIX, 2); *recipere se aditurum hereditatem*, s'engager à faire adition (L. 46, *De her. inst.*, XXVIII, 5); *recipere arbitrium*, se charger du rôle d'arbitre (*De rec. arb.*, IV, 8); *recipere causam*, se charger d'une cause (Cicéron, *Pro Rosc. Am.*, 1). En ce sens *recipere* est opposé à *excipere* (t. II, p. 467, note 2).

(3) Les payements se faisaient très souvent par l'intermédiaire des banquiers (*Polyb.*, XXXII, 13). Volontiers aussi on les chargeait de vendre et de recouvrer le prix de vente (L. 18 pr., *De her. pet.*, V, 3. — L. 88, *De sol.*, XLVI, 3).

presque tombé en désuétude (1). Ce prince le supprima, et voulut que dans la pratique des banquiers eux-mêmes il fût remplacé par le constitut ; mais comme on le verra tout à l'heure, il élargit le constitut en y transportant quelques-unes des règles du *receptum*. Étudions d'abord ce pacte tel qu'il était dans le droit classique.

721. Je définis le constitut (*constituta pecunia* ou *constitutum*), une convention par laquelle quelqu'un prend l'engagement de payer à jour fixe une dette préexistante. Si cette définition est exacte, quatre éléments doivent être nécessaires pour la formation d'un constitut :

1° *Préexistence d'une dette.* — Les mots *debitum* et *indebitum* s'entendent ici à peu près comme en matière de *condictio indebiti* (n° 659), c'est-à-dire que le constitut trouve une cause suffisante dans une obligation simplement naturelle, mais non point dans l'obligation civile que paralyserait une exception fondée sur l'intérêt du débiteur (L. 1 § 7; L. 3 § 1, *De pec. const.*, XIII, 5). Du reste, que la la dette dérive d'un fait licite ou d'un fait illicite, que ce soit le droit civil ou le droit prétorien qui la sanctionne, cela est indifférent (L. 1 § 8; L. 29, *De pec. const.*). Ulpien nous fait remarquer que cette première condition est exigée *in rem*, ou d'une manière générale ; en d'autres termes, les personnes qui figurent dans ce pacte ne sont pas nécessairement celles qui jouent le rôle de parties dans l'obligation antérieure. Le constitut peut donc être fait par un autre que le débiteur ou à un autre que le créancier (L. 5 § 2, *De pec. const.*), et l'on verra bientôt que ce sont là les hypothèses où il offre le plus d'intérêt pratique. S'il fallait s'en tenir aux textes du Digeste, j'aurais tout dit sur cette première condition. Mais Justinien nous apprend que la dette antérieure qui sert de base au constitut doit porter sur des choses qu'on a l'habitude de compter, de peser ou de mesurer. Ainsi l'objet de ce pacte ressemble à celui du *mutuum* (n° 586), et le mot *pecunia* prend ici un sens intermédiaire entre ses deux significations extrêmes (*argent monnayé*, toutes choses *in commercio*).

2° *Identité d'objet entre la dette antérieure et le constitut.* — Tel fut le principe originaire, fondé sans doute sur ce que le constitut n'est qu'une convention de payer, et qu'on ne paye valablement que

(1) Justinien, dans les premières lignes de sa constitution, paraît présenter cette désuétude *comme complète. Mais il exagère, et ce qui le prouve, c'est que par une* disposition spéciale (§ 2) il maintient toutes les obligations antérieurement contractées selon les règles du *receptum*.

l'objet dû. Mais le texte même d'où ce principe ressort nous prouve en même temps que d'assez bonne heure on l'abandonna. Ulpien pose comme douteuse la question de savoir si le constitut peut avoir pour objet autre chose que ce qui est dû (L. 1 § 5, *De pec. const.*). Sans doute il répond affirmativement, et par conséquent ce n'est pas de sa décision que j'argumente ; mais il est évident que la question elle-même ne s'explique que par la prédominance antérieure du principe que je cherche à établir. Ce qui est d'ailleurs tout à fait décisif, c'est le motif sur lequel Ulpien s'appuie pour valider le constitut qui change l'objet de la dette : ce motif est tiré de ce que la *datio in solutum* avait fini par être considérée comme équivalente à un payement. Au surplus, quelque chose resta de la règle ancienne : c'est que le constitut, dans les cas où il porte sur l'objet déjà dû, ne peut jamais l'excéder ; sinon on le réduit à la mesure de la dette antérieure (L. 11 § 1 ; LL. 12 et 13, *De pec. const.*).

3° *Fixation d'un jour pour le payement.* — Que telle soit bien la règle, c'est ce qu'indiquerait déjà le mot *constituere* (prendre jour) (1), et c'est ce qui ressort plus évidemment encore d'un texte où nous voyons que le constitut fait sans désignation d'un jour n'est admis que par bienveillance et à raison de la rédaction large de l'édit (L. 21 § 1, *De pec. const.*) (2).

4° *Consentement des parties.* — Si je relève cette condition dont la nécessité est par elle-même évidente, c'est pour faire deux observations : d'abord le constitut n'est soumis à aucune espèce de formes déterminées, par conséquent peut être conclu entre absents, par l'intermédiaire d'un *nuntius* ou par lettre (L. 5 § 3 ; L. 14 § 3 ; L. 15, *De pec. const.*). En second lieu, quoique le consentement puisse être tacite du côté du créancier (L. 5 § 3; L. 24; L. 26, *De pec. const.*), j'estime que du côté du débiteur il doit être exprès : ce qui le prouve clairement, c'est qu'on répute non avenu le constitut portant que le payement sera fait par un tiers, et cela, encore que l'intention du con-

(1) La signification de ce mot est bien déterminée par un passage de Tacite (*Germ.*, 11). Rapportant que les Germains comptent le temps par nuits et non par jours, il ajoute : *sic constituunt, sic condicunt*, c'est-à-dire qu'au lieu de prendre tel jour pour faire un payement ou pour comparaître en justice, ils prennent telle nuit.

(2) Le texte porte qu'en pareil cas le payement aura lieu au bout de dix jours. Mais on conjecture avec raison que la fixation de ce délai appartient à Justinien. Un hellénisme (*non minus decem dierum*) et une expression barbare (*exactio celebretur*) en témoignent. Il est donc probable que faute de terme indiqué, le droit classique réputait l'obligation immédiatement exigible.

stituant soit de s'obliger lui-même (L. 5 § 4, *De pec. const.*) (1). Une telle rigueur d'interprétation, empruntée aux contrats *verbis* et *litteris*, ne se concevrait pas si la volonté du débiteur pouvait s'exprimer autrement que par des écrits ou des paroles. La même idée nous explique pourquoi une stipulation nulle comme telle ne se résout jamais en un pacte de constitut (L. 1 § 4, *De pec. const.*).

Ces conditions réunies, le pacte donnait naissance à une action *de pecunia constituta* ou *constitutoria* (L. 20, *De pec. const.*) qui, selon Justinien, était perpétuelle en principe, et annale dans quelques hypothèses exceptionnelles (2). Du reste, l'obligation antérieure subsistait toujours *ipso jure* à côté de la nouvelle ; mais fort souvent, comme je l'expliquerai tout à l'heure, elle était immédiatement paralysée par une exception, et, dans aucun cas, l'exécution de l'une ne pouvait se cumuler avec l'exécution de l'autre (L. 18 § 3, *De pec. const.*). Se demandera-t-on maintenant pourquoi le Préteur jugea à propos de dérober le pacte de constitut au droit commun et de le munir d'action ? Ulpien en donne pour motif que c'est chose grave de manquer à la parole donnée (L. 1 pr., *De pec. const.*). Mais alors pourquoi donc n'avoir pas réagi d'une manière plus générale contre la règle *ex pacto actio non nascitur?* Pour préciser la pensée d'Ulpien, je dirai que si l'on peut en présence d'un pacte ordinaire conserver quelque doute sur le consentement des parties, cela n'est plus possible quand le pacte s'appuie sur une obligation antérieure, et exprime qu'à telle époque elle sera payée par telle personne. Si donc c'est déjà manquer à la bonne foi que de méconnaître un pacte ordinaire, ce serait y manquer doublement quand il s'agit d'un constitut. Au surplus, bien que ce soit un mobile d'équité qui détermine ici le Préteur, il serait difficile de ne pas reconnaître au constitut un certain caractère de droit strict. La preuve en est d'abord dans la nécessité d'un consentement exprès du débiteur, dans l'identité absolue qu'on exigea longtemps entre l'objet de la dette nouvelle et l'objet de la dette antérieure, et dans la façon étroite dont on interprète le constitut (3). Une autre preuve plus décisive encore résulte de l'usage

(1) Ces hypothèses ne seraient-elles pas celles où le constitut intervenait sur une obligation temporaire ou simplement naturelle?

(2) Justinien (nov. 115, cap. 6) distingue encore entre les deux formules *satisfaciam tibi* et *satisfiet tibi*. La première contient un constitut valable, la seconde reste sans effet parce qu'elle n'exprime pas que le débiteur entend s'obliger lui-même.

(3) D'autres textes peuvent s'ajouter à celui que j'ai précédemment cité pour

des *sponsiones dimidiæ partis* constaté par Gaius (IV, § 171). Avant d'engager l'action *de pecunia constituta*, les parties stipulaient l'une de l'autre la moitié de l'intérêt litigieux; mais chaque promesse était subordonnée à cette condition *si le promettant succombe*, de telle sorte que le jugement rendait exigible celle du perdant et non avenue celle du gagnant. La violation du constitut était donc sanctionnée par une peine énorme (1).

722. Voyons maintenant quelle est l'utilité pratique de ce pacte. La question revient à examiner ce qu'il peut contenir de nouveau et quelle fonction il remplit.

L'existence d'un élément nouveau n'a besoin d'être dégagée que lorsque l'une des parties primitives change. Si nous en croyons Labéon et Ulpien, le principal service que le constitut rendit à l'origine consista à permettre de rapprocher le terme fixé par le contrat, ce que, d'après le droit civil, on n'aurait pu faire qu'en recourant à la novation (L. 3 § 2, *De pec. const.*). De même il permettait de reculer le terme ou de changer le lieu fixé pour le payement (L. 4; L. 5 pr., *eod.*). Enfin, là où n'existait qu'une action temporaire, le créancier conservait son droit par un constitut fait avant l'épuisement du délai légal, et cela soit que le terme convenu dût échoir avant ou après l'extinction de son ancienne action. Le droit né du constitut n'était donc pas limité à la durée du droit sur lequel il s'appuyait (L. 18 § 1, *De pec. const.*) (2). Plus tard, lorsque des obligations naturelles commencèrent à être reconnues, le constitut put servir à les munir d'action (L. 1 § 7, *eod.*), et son utilité grandit encore le jour où l'on mit de côté la seconde des conditions exigées pour sa formation : dès lors on l'employa pour changer l'objet de l'obligation ou pour y ajouter une obligation accessoire, par exemple celle de fournir un gage ou un fidéjusseur (L. 1 § 5; L. 14 §§ 1 et 2, *De pec. const.*).

Sur la fonction du constitut je distinguerai trois hypothèses :

prouver que le constitut comporte une interprétation rigoureuse (L. 5 § 5; L. 16 § 3, *De pec. const.*).

(1) C'est probablement à cause de ces *sponsiones* que quelques jurisconsultes crurent devoir ranger l'action *de pecunia constituta* parmi les actions pénales. Mais leur opinion ne prévalut pas; cela résulte d'abord du texte même qui nous la fait connaître (L. 18 § 2, *De pec. const.*), puis d'une constitution de l'empereur Gordien (L. 1, C., *De const. pec.*), et enfin de l'antithèse que les Institutes (§§ 8 à 12, *De act.*) établissent entre les actions pénales prétoriennes et les actions *de peculio*, *de jurejurando* et *de pecunia constituta*.

(2) Le texte cité prouve que cette décision ne passa pas sans controverse.

1° *Les parties restent les mêmes.* — Le créancier peut-il opter entre l'action de constitut et son ancienne action, et le débiteur lui-même est-il libre de choisir celle des deux causes en vertu de laquelle il paye, ou au contraire doit-on dire que le constitut absorbe et efface en quelque sorte l'obligation antérieure? A mon estime, tout ici dépend de l'intention des parties (1). Si, par exemple, elles se sont contentées d'avancer l'échéance de la dette, il est difficile de croire que le créancier ait voulu renoncer à son ancienne action. Je dirai donc qu'il pourra l'exercer après l'arrivée du terme originaire, soit qu'il n'ait pas encore usé de l'action de constitut ou qu'il ait succombé dans sa demande par une simple faute de procédure. Que si au contraire les parties ont changé l'objet dû, ou supprimé une alternative, il me semble que cela doit faire présumer l'abandon de l'ancienne obligation (L. 25 pr., *De pec. const.*) : dans ce cas et dans tous les cas pareils, la fonction du constitut, semblable en cela à la novation, est donc d'éteindre une obligation et d'en créer une autre (2). Et c'est ainsi que l'on peut se rendre compte de la décision donnée par Paul relativement au constitut qui intervient entre le débiteur et l'un des *correi stipulandi* (T. II, p. 325).

2° *Un nouveau débiteur figure dans le pacte* (3). — Ici encore c'est par l'intention des parties que le caractère de l'opération se détermine. Le nouveau débiteur a-t-il voulu s'obliger à la place ou à côté de l'ancien? Telle est donc la question à examiner; par où l'on voit que le constitut équivaudra tantôt à une *expromissio*, tantôt à une fidéjussion (4). Sur l'une et l'autre, il aura d'abord tous les

(1) Cette doctrine ressort du rapprochement de deux textes qui appartiennent l'un et l'autre à Paul. La question est de savoir si le débiteur qui par le constitut s'engage à payer au créancier lui-même peut encore se libérer en payant entre les mains d'un *adjectus solutionis gratia* indiqué dans le contrat primitif. L'un des deux textes lui refuse cette faculté (L. 8, *De pec. const.*) ; l'autre la lui donne (L. 59, *De sol.*, XLVI, 3). Ces deux décisions n'ont rien de contradictoire si l'on admet que le constitut peut, selon la volonté des parties, substituer ou ajouter une obligation à une autre.

(2) Même en ces cas l'obligation serait réputée avoir conservé toute sa force, si le débiteur jurait, sur l'offre du créancier, qu'il n'y a jamais eu de constitut (L. 36, *De jur.*, XII, 2).

(3) Je n'ai pas besoin de faire remarquer que ce nouveau débiteur peut intervenir en dehors de tout mandat, de même qu'un tiers est libre de payer la dette d'autrui, de la nover, ou d'y accéder comme fidéjusseur (L. 27, *De pec. const.*).

(4) Plusieurs textes relatifs à notre hypothèse portent d'une manière générale que l'ancien débiteur reste obligé (L. 30, *De pec. const.* — L. 15, *De in rem*

avantages attachés à la simplicité de ses formes et à la *sponsio pœnalis* : il sera donc plus facile à contracter et plus rigoureusement sanctionné. Comparé à l'*expromissio*, il a de plus cet avantage que le constituant n'est pas lié si la dette antérieure n'existait pas *jure civili* ou n'était pas valable. Que si on le compare à la fidéjussion, il s'en sépare par des différences beaucoup plus nombreuses : 1° d'abord si le constitut suppose une dette préexistante, il ne suppose pas nécessairement un débiteur; il offre donc le moyen de cautionner valablement une dette héréditaire, encore que l'hérédité vienne plus tard à être répudiée (L. 11 pr., *De pec. const.* — n° 562); 2° nous avons déjà vu que, contracté pour une somme plus forte que le chiffre de la dette principale, il est réductible et non pas nul (t. II, p. 361); 3° la poursuite dirigée contre l'un des deux obligés laisse subsister l'obligation de l'autre (L. 18 § 3, *De pec. const.*); 4° le constitut n'est point soumis aux limitations imposées par la loi Cornélia (n° 560); 5° le créancier n'est jamais tenu de déclarer préalablement l'objet de la dette et le nombre des cautions (n° 561); 6° enfin, en supposant le constitut fait par plusieurs personnes, il ne paraît pas que dans le droit classique le bénéfice de division leur appartînt (L. 2, C., *De const. pec.*) (1). Comme on le voit, toutes ces différences sont dans l'intérêt du créancier, et sauf la dernière, elles font du constitut un moyen de crédit plus parfait que la fidéjussion (2).

3° *Un nouveau créancier figure dans le pacte* (3). — Dans cette hypothèse, qui est la moins fréquemment prévue par les textes, l'ana-

vers. — L. 3 § 2, *De adm. rer. ad civ. pert.*, L, 8), et quelques interprètes en concluent que le nouveau n'est jamais qu'une caution. Mais ces textes ne prouvent que deux choses : c'est que dans le doute on présume le maintien de la première obligation, et que là même où elle s'éteint, ce n'est que *per exceptionem* et non pas *ipso jure*. Pourquoi, en effet, l'intervention d'une partie nouvelle empêcherait-elle le constitut de fonctionner à l'image de la novation?

(1) Les textes ne nous disent pas si la caution engagée par voie de constitut jouissait du bénéfice de cession d'actions. Mais l'affirmative est plus que probable.

(2) On a vu (n° 639 *in fine*) que pour les obligations à naître le *mandatum pecuniæ credendæ* n'avait pas entièrement supprimé l'utilité de la fidéjussion. Le constitut ne la supprima pas non plus pour les obligations déjà nées; en effet, la fidéjussion restait la seule forme de cautionnement possible; lorsque l'obligation ne portait pas sur des choses qui se comptent, se pèsent ou se mesurent, elle donnait toujours lieu à une action perpétuelle; enfin, s'il y avait plusieurs cautions, elle leur assurait le bénéfice de division. J'ajoute que partout où le cautionnement était imposé par la loi ou par l'édit, la *fidejussio* était seule admise.

(3) Ici le consentement de l'ancien créancier est nécessaire, de même que s'il s'agissait de recevoir le payement.

logie nous indique que le constitut ressemble tantôt à une *adstipulatio,* tantôt à une novation : à une *adstipulatio*, lorsque le nouveau créancier a reçu du précédent le simple mandat de s'adjoindre à lui : à la novation, lorsqu'il accepte le débiteur comme délégué, ou qu'il a pouvoir de disposer de la créance et de la déduire en justice, comme mandataire, tuteur ou curateur (L. 5 §§ 6, 7, 9, *De pec. const.*)

723. Passons à la législation de Justinien. La théorie générale du constitut reçoit trois modifications empruntées à celle du *receptum* ou inspirées par elle : 1° l'action *receptitia* était toujours perpétuelle, l'action de *pecunia constituta* le sera toujours ; 2° puisque le *receptum* n'impliquait ni n'excluait l'existence d'une dette antérieure, il pouvait évidemment intervenir à propos d'une dette conditionnelle et néanmoins être lui-même pur et simple, tandis qu'en matière de constitut la condition qui affectait la dette préexistante affectait nécessairement aussi la nouvelle dette (L. 19 pr., *De pec. const.*). Justinien décide que désormais le constitut aura, comme la stipulation, la puissance de substituer une dette pure et simple à une dette conditionnelle (1); 3° par une autre conséquence de ce que le *receptum* n'impliquait ni n'excluait la préexistence d'une dette, lorsque par hasard il y en avait une, on n'avait point à rechercher quel en était l'objet, le *receptum* valait toujours. Désormais on ne recherchera pas non plus à propos de quelle dette le constitut intervient : eût-elle pour objet un immeuble, le constitut vaudra toujours (2). Du reste la nécessité

(1) La constitution de Justinien n'est pas claire. Elle parait dire qu'on discutait la validité du pacte de constitut fait à propos d'une dette à terme ou conditionnelle. Mais ce sont là évidemment deux inexactitudes. S'agissait-il d'une dette à terme : on admettait sans discussion la possibilité d'un constitut, puisque, comme nous l'avons vu, ce pacte fait *inter easdem personas* servit dès l'origine à rapprocher ou à supprimer le terme. S'agissait-il d'une dette conditionnelle : la possibilité d'un constitut n'était pas discutée, seulement le droit classique le tenait pour nécessairement conditionnel (L. 19 pr., *De pec. const.*). Mais il est possible que plus tard la question se fût élevée de savoir si les parties ne pourraient pas le faire pur et simple, et de cette façon mettre une obligation certaine à la place d'une chance d'obligation (Rapprocher t. II, p. 707, note 1).

(2) C'est ici surtout que la pensée de Justinien me paraît obscure et mal rendue. Son texte pris à la lettre conduit aux deux propositions suivantes : 1° dans le droit antérieur, l'obligation née du constitut aurait dû porter invariablement sur des choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent. Or, cela fut vrai tant que l'objet de la nouvelle dette dut être identique à l'objet de l'ancienne. Mais du jour où l'on s'écarta de cette règle, le constitut put porter sur toute espèce de choses, comme cela résulte de textes déjà cités (L. 14 §§ 1 et 2, *De pec. const.*); 2° l obligation née du *receptum* aurait pu avoir pour objet toutes les choses qu'on stipule valablement, même un immeuble. Bien que cette doctrine soit généralement admise par les interprètes modernes, je la rejette, convaincu que le *receptum* ne

d'une dette antérieure est absolument maintenue par Justinien (1).

Deux autres innovations se réfèrent au cas spécial d'un constitut fait par une ou plusieurs personnes qui s'engagent comme cautions d'un débiteur principal : Justinien les admet à se prévaloir des bénéfices de division (L. 3, C., *De const. pec.*) et de discussion (Nov. 136, præf. et cap. 1.) (2).

IV. — DU SERMENT EXTRAJUDICIAIRE.

Lib. IV, tit. IV, *De actionibus*, § 11. — Item si quis, postulante adversario, juraverit deberi sibi pecuniam quam peteret, neque ei solvatur, justissime accommodat ei talem actionem, per quam non illud quæratur an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.

Pareillement si quelqu'un, sur l'offre de son adversaire, a juré que l'argent qu'il demandait lui était dû, et qu'il n'en obtienne pas le payement, le Préteur, avec beaucoup de raison, lui donne une action dans laquelle on recherche non pas s'il est créancier, mais s'il a juré qu'il l'était.

Lib. IV, tit. XIII, *De exceptionibus*, § 4. — Æque si debitor deferente creditore juraverit nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet, sed quia iniquum est de perjurio quæri, defenditur per exceptionem jurisjurandi. In iis quoque actionibus quibus in rem agitur, æque necessariæ sunt exceptiones, veluti si petitore deferente possessor juraverit eam rem suam esse, et nihilominus petitor eamdem rem vindicet; licet enim verum sit quod intendit, id est, rem ejus esse, iniquum tamen est possessorem condemnari.

Pareillement, lorsque sur l'offre du créancier, le débiteur a juré ne rien devoir, il demeure encore obligé, mais comme l'équité ne permet pas de rechercher s'il s'est parjuré, il est protégé par l'exception de serment. Des exceptions sont également nécessaires dans les actions *in rem*, par exemple lorsque sur l'offre du demandeur, le possesseur a juré que la chose lui appartient, et que néanmoins le demandeur la revendique. En effet, sa prétention a beau être vraie, c'est-à-dire la chose lui appartenir, il serait inique que le défendeur fût condamné.

s'appliquait jamais qu'à l'argent monnayé et peut-être aux métaux précieux en lingots. Outre que cette idée résulte assez naturellement de la nature des fonctions des banquiers, Justinien lui-même la confirme en les appelant ici *argenti distractores* (L. 2 § 2, C., *De const. pec.*).

(1) A ce propos, Justinien s'indigne, au nom du bons sens et de la morale, que les anciens eussent pu admettre une obligation de payer là où il n'y a pas de dette. Mais cette indignation déclamatoire prouve simplement qu'il ne comprend pas la fonction du *receptum*. Car assurément il ne veut pas défendre aux banquiers d'ouvrir des crédits.

(2) La novelle IV qui crée le bénéfice de discussion garde le silence sur le con-

724. Je suppose ici que deux personnes entre lesquelles il n'y a pas d'instance engagée ou même poursuivie, qui par conséquent ne sont ni devant le juge ni devant le magistrat, ont ensemble une difficulté; par exemple, l'une allègue un droit de créance dont l'autre nie l'existence ou conteste le chiffre. Il est possible que faute de preuves, et pour en finir à l'amiable, l'une d'elles invite l'autre à trancher elle-même la question par un serment, c'est-à-dire selon la définition de Cicéron (*De off.*, III, 10 et 29), par une affirmation faite *Deo teste*. Si cette proposition est acceptée, le serment qui en est la conséquence devient la loi des parties : prêté par le demandeur, il équivaut à un titre de créance et lui donne l'action *de jurejurando* (§ 11 *sup.*); prêté par le défendeur, il fait réputer son obligation éteinte ou non avenue et lui donne l'exception *jurisjurandi* (§ 4 *sup.*). Ce court aperçu est suffisant pour mettre en relief deux idées essentielles : 1° le serment n'oblige qu'autant qu'il intervient en vertu d'une convention. Et de là je conclus que la partie à laquelle il est déféré peut bien refuser purement et simplement de le prêter, mais n'est point autorisée à le référer à son adversaire, car ce serait lui imposer une convention dont il est libre de ne pas vouloir (L. 17 pr., *De jur.*, XII, 2). J'en conclus encore que, pour être valable, le serment doit être prêté dans la forme même selon laquelle il a été déféré. Ainsi quand mon adversaire me propose de jurer *per Deum*, je ne puis pas jurer *per salutem meam* (L. 3 § 4; L. 4; L. 5 pr.; L. 32, *De jurej.*) (1). A plus forte raison le serment purement spontané est-il dénué de toute valeur (2), sans quoi l'on donnerait à une personne de mauvaise foi toute facilité de se créer des droits qu'elle n'a pas ou de s'affranchir des obligations dont elle est grevée (L. 3 pr., *De jur.*) (3); 2° ce que

stitut. Mais la novelle 126 prouve que dans la pensée de Justinien ce bénéfice s'étend à toutes les formes de cautionnement.

(1) Du reste le serment pouvait être déféré et prêté dans une formule quelconque, même non admise par la religion de l'État, pourvu qu'elle ne se rattachât pas à un culte prohibé par les lois (L. 5 §§ 1 et 3, *De jur.*).

(2) Un tel serment peut néanmoins, s'il a déterminé un acte préjudiciable, donner lieu à l'action *de dolo* (L. 23, *De dol. mal.*, IV, 3).

(3) La nécessité d'une convention préalable nous explique pourquoi ce serment est appelé *voluntarium* par opposition à deux autres sortes de serments dits *judiciale* et *necessarium*. Le *judiciale* est déféré en justice, soit *in jure* par le magistrat, soit *in judicio* par le juge. Le *necessarium* est aussi déféré en justice, mais par l'une des parties à l'autre. Il est vrai que, selon quelques auteurs, c'est ce dernier serment qu'on appellerait *voluntarium*, parce que la partie à qui il est déféré peut à son choix le prêter ou le référer; et alors le serment nécessaire serait celui qui a été

le Préteur consacre et fait respecter ici, ce n'est pas, du moins en principe, une simple convention, c'est une convention exécutée. Il ne suffit donc pas que l'offre de prêter serment ait été suivie d'acceptation, il faut que le serment ait été réellement fait. Cependant la partie qui l'a déféré peut, une fois son offre acceptée, faire remise du serment et le tenir pour prêté (L. 5 § 4 ; L. 6, *De jur.*). Au surplus, il est certain qu'en créant l'action et l'exception de serment le Préteur ne faisait pas preuve d'une grande hardiesse ; en effet, dans les idées religieuses des anciens Romains, le serment était considéré comme un lien moral plus fort que tous les liens de création légale (1), et lorsqu'il se rattachait, comme nous le supposons ici, à un rapport juridique antérieur, à une contestation qui avait dû provoquer la réflexion des parties, il était difficile de le reléguer au rang des simples pactes.

725. Examinons successivement ces trois questions : par quelles personnes le serment peut être déféré ou prêté, sur quelles matières il peut intervenir, enfin quels en sont les effets.

Première question. — Partant de cette idée que le serment est favorable à qui le prête et défavorable à qui le défère, nous arrivons à poser les deux règles suivantes : 1° il est valablement prêté par quiconque n'est ni fou ni *infans*, mais il n'est valablement déféré que par les personnes capables de rendre leur condition pire (L. 17 § 1 ; L. 26 pr. ; L. 35 § 1, *De jur.* — L. 1 § 1, *Quar. rer. act.*, XLIV, 5) ; 2° quand il s'agit du droit d'autrui, le serment peut être prêté par toute personne qui agit au nom du véritable intéressé ; mais pour le déférer il faut avoir la disposition du droit. Les tuteurs et les curateurs le défèrent donc très régulièrement ; quant aux mandataires, il y a là une pure question de fait dont la solution dépend de l'étendue de leurs pouvoirs, et j'en dis autant des personnes *alieni juris* en ce qui concerne les droits du père de famille (L. 17 §§ 2 et 3 ; LL. 18, 21, 23, à 25, *De jur.* — 24, *De exc.*, XLIV, 1).

Seconde question. — Le serment peut sans difficulté être déféré ou prêté sur toute espèce de créances ou de droits réels (L. 3 § 1 ; L. 34

ainsi référé, car il doit absolument être prêté ou le procès être perdu. Ce qui est décisif contre cette façon d'entendre les serments volontaire et nécessaire, c'est qu'elle met un désaccord étrange entre la rubrique du titre *de jurejurando* et son contenu. La rubrique annonce les trois sortes de serments dont j'ai donné les noms, et le titre ne s'occupe presque que du serment extrajudiciaire, c'est-à-dire du seul que la rubrique ne mentionnerait pas.

(1) Sur ce point on consultera surtout Cicéron (*De officiis*, III, 29 et 31 ; *Pro Rosc. com.*, 16) et Plaute (*Rudens*, V, 2, v. 47 et s. ; *Curculio*, IV, 2, v. 10).

pr., *De jur.*). Mais il semble qu'on aurait dû le proscrire à l'égard des questions d'état, car l'état des personnes est hors du commerce. Cependant nous le voyons admis sur des questions comme celles-ci : êtes-vous soumis à ma puissance paternelle ? êtes-vous mon affranchi ? D'où nous pouvons conclure d'une manière à peu près générale qu'il intervient valablement sur l'état des personnes et par conséquent sur toute espèce de droits (L. 3 § 2 ; L. 30 § 4, *De jur.* — L. 6, C., *De reb. cred.*, IV,1) (1). Je ferais seulement une réserve relative au cas où une personne aurait juré que telle autre est son esclave : car ici la validité du serment rencontre un obstacle dans la règle certaine qui refuse tout effet civil aux conventions conclues entre un maître et son esclave (2).

Troisième question. — J'ai déjà dit que le demandeur se prévaut de son serment par l'action *de jurejurando*, et le défendeur par l'exception *jurisjurandi*. Tel est du moins le résultat ordinaire.

Mais évidemment, si les circonstances l'exigeaient, le demandeur pourrait lui-même user de l'exception, et le défendeur recourir à l'action. Deux exemples vont me faire comprendre. Je jure que tel fonds m'appartient et je ne le possède pas. C'est l'action *de jurejurando* qui m'est nécessaire aujourd'hui, si mon adversaire refuse de me délaisser le fonds. Mais supposez qu'après avoir exécuté la convention, il s'avise un jour de revendiquer contre moi : alors j'aurai besoin de l'exception *jurisjurandi*, et elle ne me sera pas refusée. En sens inverse, si au jour du serment prêté je possède le fonds, je n'ai pas besoin d'agir pour avoir actuellement le bénéfice de mon serment : l'exception me suffit donc. Mais que plus tard je perde la possession et que par hasard la chose se trouve aux mains de mon adversaire : il faudra

(1) Au premier aspect on serait tenté de soutenir d'une manière générale que le serment ne vaut qu'autant qu'il est favorable à l'état contesté. De sorte que je pourrais jurer que je ne suis point votre affranchi, mais que vous ne pourriez pas jurer être mon patron. Cette distinction paraît d'abord autorisée par une décision d'Ulpien (L. 14, *De jur. patr.*, XXXVIII, 14). Si j'ai juré, dit-il, que j'étais votre patron, ce serment ne me donne aucun titre à votre succession ; car il ne m'a point conféré la qualité de patron, comme l'eût fait un jugement. Mais selon moi, cette décision signifie simplemnnt que le serment prêté sur votre proposition ne produit ses effets que contre vous-même, et non point contre les tiers à qui je voudrais l'opposer après votre mort. Elle n'est donc qu'une application du droit commun, et en effet, un autre texte d'Ulpien prouve péremptoirement que même en cette matière il n'y a pas à distinguer par qui et en quel sens le serment a été prêté (L. 8 § 1, *De in jur. voc.*, II, 4).

(2) En ce sens j'argumente, par analogie, d'une décision tout à fait semblable que l'on donne en matière de transaction (L. 13, C., *De trans.*, II, 4).

bien que j'agisse *de jurejurando*, et je le pourrai (L. 11 § 1, *De jur.*).

Quatre règles générales vont déterminer la portée de l'action et de l'exception de serment : 1° l'autorité du serment est assimilée à celle de la chose jugée (L. 8, C., *De reb. cred.* — L. 1 pr., *Quar. rer. act.*) (1). Cela veut dire que soit dans l'action, soit dans l'exception, la seule question posée au juge sera celle-ci : y a-t-il eu un serment régulièrement déféré et prêté (§ 11 *sup.* — L. 9 § 1, *De jur.*) ? Cette question affirmativement résolue, le juge n'aura pas le droit de se livrer à un examen des faits antérieurs et de rechercher s'il y a eu parjure (2) ; la chose jurée sera réputée vraie, comme la chose jugée est réputée bien jugée (L. 13, *Quib. mod. pign.*, XX, 6. — L. 56, *De re jud.*, XLII, 1). Mieux que cela, l'autorité du serment dépasse celle d'un jugement, en ce sens que la découverte ultérieure de pièces décisives permet bien de recommencer un procès et ne permet pas de remettre en question ce qui a été décidé par un serment extrajudiciaire (LL. 2 et 31, *De jur.*) (3). Ce serment devient donc, dans toute la force du terme, comme je le disais tout à l'heure, un titre de créance ou de libération ; 2° l'autorité du serment, comme celle de toute convention, se restreint entre les parties (L. 13 pr., *De jur.*) (4). Cependant nous savons que, déféré par un *correus stipulandi* ou prêté par un *correus promittendi*, il peut être opposé soit aux autres *correi*,

(1) Cette formule ne signifie pas du tout que le serment vaille un jugement. Ainsi il ne donne pas lieu à l'emploi immédiat des voies d'exécution : il n'autorise jamais qu'une action ou une exception. Ainsi encore, tandis qu'on ne répète jamais ce qui a été payé *ex falsa causa judicati*, on peut sans difficulté répéter le payement fait dans l'ignorance de l'exception *jurisjurandi* (L. 43, *De cond. ind.*, XII, 6).

(2) Une constitution de Septime Sevère et Caracalla punit le faux serment prêté *per genium principis* (L. 13 § 6, *De jur.*). Mais je suis porté à croire qu'elle ne s'applique pas au serment extrajudiciaire. Car Alexandre Sévère décide d'une manière générale qu'en cette matière Dieu seul a le droit de venger le parjure, et ajoute que telle était déjà la décision de ses prédécesseurs alors même que l'on avait juré par l'empereur (L. 2, C., *De reb. cred.*, IV, 1). Au surplus, si nous remontons à l'époque républicaine, il paraît certain que les censeurs, véritables juges *de moribus*, avaient le pouvoir de réprimer toute espèce de parjure et en usaient avec sévérité (Cic., *De off.* III, 31).

(3) Je pense que la même différence doit être admise entre la convention de serment et le jugement déterminé par des pièces dont on a ultérieurement reconnu la fausseté (L. 11, *De exc.*, XLIV, 1).

(4) A cet égard le serment a des effets un peu moins pleins que la chose jugée ; en effet, comme on le verra plus tard, certains jugements peuvent être opposés même à des personnes qui n'ont pas figuré dans l'instance. Nous en avons déjà rencontré un exemple dans la matière des testaments inofficieux (n° 356).

soit par eux (T. II, page 325). De même, le serment du débiteur *principal libère le fidéjusseur ; et réciproquement celui du fidéjusseur*, pourvu qu'il porte sur l'existence ou la validité de l'obligation, et non pas simplement sur celle de la fidéjussion, libère le débiteur principal (L. 28 § 1 ; L. 42 pr., *De jur.* — L. 1 § 3, *Quar. rer. act.*). Toutes *ces décisions donnent un sens à la comparaison* que les Romains établissent parfois entre le serment extrajudiciaire et le payement (L. 27, *De jur.*) (1) ; 3° l'autorité du serment ne s'étend jamais au delà de ce qui a été juré (L. 13 §§ 2, 3 et 4 ; L. 28 § 5 ; L. 30 § 2, *De jur.*). Voilà *pourquoi le débiteur principal ne peut pas se prévaloir du serment* par lequel le fidéjusseur a simplement juré ne s'être jamais engagé à ce titre. C'est ainsi encore que le serment par lequel je nie votre droit de propriété sans affirmer le mien, ne me donne qu'une exception *pour vous repousser tant que* je possède, *mais ne me permet point* d'agir contre vous s'il arrive un jour que la possession se trouve entre vos mains (L. 11 pr., *De jur.*) ; 4° en sens inverse, l'autorité du serment s'étend à tout ce qui a été juré, ou, si l'on aime mieux, il est *indivisible. Ainsi un mari jure que telle chose lui a été donnée en dot* : le voilà bien, par cela même, autorisé à garder ou à demander cette chose ; mais à la dissolution du mariage, son serment deviendra un titre contre lui et l'obligera à restituer. De même, si je jure que tel objet que vous détenez vous a été engagé par *moi pour dix sous d'or* que vous m'avez prêtés, je puis bien vous demander la restitution du gage, mais je dois d'abord vous payer les dix sous d'or (L. 13 § 5, *De jur.*). Comme on le voit, par ce dernier principe nous aboutissons à cette conséquence que le serment peut devenir *la cause d'une action contre* celui-là même qui l'a prêté.

A. Je termine par quatre observations, dont deux se réfèrent à l'action de *jurejurando* et deux à l'exception : 1° l'action qui dérive du serment, étant fondée sur le respect dû à une convention, est toujours

(1) Dans le droit classique on peut également les expliquer par une autre comparaison, celle du serment et de la *litis contestatio*. L'un des textes qui font cette comparaison (L. 9 § 3, *De jur.*) y rattache l'idée suivante : si le serment intervient sur un droit sanctionné par une simple action temporaire, il le perpétue comme le ferait la *litis contestatio*. A ce propos, on remarquera que les textes ne se contentent pas de comparer le serment à la chose jugée, à la *litis contestatio* et au payement ; ils le comparent encore à la transaction, à la novation, à la délégation, à l'acceptilation et au pacte *de non petendo* (L. 2 ; L. 26 § 2 ; L. 35 § 1 ; L. 40, *De jur.*). Mais ces comparaisons n'ont qu'un intérêt médiocre : chacune exprime une ou plusieurs ressemblances particulières, aucune ne peut servir de base à une théorie générale.

personnelle, et cela quand même la difficulté ainsi tranchée portait sur un droit réel. Voilà pourquoi celui qui jure avoir la propriété d'une chose ne peut jamais user de l'action *de jurejurando* que contre son adversaire lui-même ou contre ses successeurs (L. 9 § 7, *De jur.*) (1) ; 2° plusieurs textes, bien que l'action *de jurejurando* soit vraiment originale, la qualifient *utilis* (L. 13 § 1 ; L. 29, *De jur.* — L. 8, C., *De reb. cred.*). J'explique ce langage par une idée fort simple : c'est qu'en général notre action aboutit aux mêmes résultats que l'action à propos de laquelle le serment a été déféré et prêté (L. 9 § 2; L. 11 § 1, *De jur.*) (2). Toute la différence consiste en ce que le droit n'a plus besoin d'être prouvé (3). Aussi les Romains donnent-ils quelquefois à l'action *de jurejurando* le nom même de l'action à laquelle elle se substitue. Par exemple, Ulpien appelle Publicienne l'action intentée contre un possesseur à raison du serment qu'il a déféré (L. 7 § 7, *De Publ.*, VI, 2). De même il appelle *pignoratitia* l'action en restitution fondée sur le serment par lequel j'ai affirmé que telle chose était entre vos mains par suite d'un contrat de gage intervenu entre vous et moi (L. 13 § 5, *De jur.*) ; 3° il est visible que l'exception *jurisjurandi*, de même que celle de chose jugée, et nonobstant le texte des Institutes (§ 5 *sup.*), ne repose pas essentiellement sur une idée d'équité, car celui qui s'en prévaut a peut-être commis un parjure, et c'est ce que le demandeur n'est point admis à prouver (L. 15, *De except.*, XLIV, 1) ; 4° de même encore que l'exception *rei judicatæ*, l'exception de serment peut être opposée sur toute espèce d'action, pourvu que la question soit bien celle que le serment a tranchée (L. 28 § 4, *De jur.*).

DES OBLIGATIONS NATURELLES.

726. L'expression obligation naturelle a une double signification.

(1) Le caractère personnel de l'action *de jurejurando* peut servir à expliquer un texte dont le sens est très controversé (L. 13 § 1, *De jur.*). Ulpien, supposant que j'ai juré avoir la propriété d'un fonds, décide que je puis agir *de jurejurando* même après la *longi temporis præscriptio* accomplie. Selon moi, ce texte signifie que si, même après mon serment, mon adversaire continue de posséder assez longtemps pour prescrire, la prescription ne me fera pas échouer sur l'action *de jurejurando;* car elle ne peut être opposée avec succès qu'à une action *in rem.*

(2) Néanmoins Paul nous fait remarquer que si l'ancienne action était de celles qui en cas d'*infitiatio* emportent condamnation au double, l'action *de jurejurando* n'aura pas ce résultat (L. 30 pr., *De jur.*).

(3) Je conclus de là que le serment qui se bornerait à affirmer l'existence d'une simple obligation naturelle ne donnerait pas lieu à l'action *de jurejurando.*

Quelquefois, mais assez rarement, elle marque qu'une obligation munie d'action appartient au *jus naturale* ou *jus gentium* (L. 84 § 1, *De reg. jur.*), et en ce sens elle convient au plus grand nombre des obligations ; notamment nous la trouvons appliquée à celles qui naissent du *mutuum*, du payement de l'indû et de l'enrichissement d'un pupille non autorisé (L. 126 § 2, *De verb. obl.*, XLV, 1. — L. 15 pr., *De cond. ind.* — L. 5 pr., *De auct. et cons. tut.*, XXVI, 8). D'autres fois, et c'est là le sens technique de l'expression, c'est celui auquel je vais m'attacher, elle désigne des obligations d'un ordre inférieur, que le législateur n'a pas pu ou n'a pas voulu reconnaître, qu'en conséquence aucune action ne sanctionne, et qui néanmoins produisent certains effets, notamment servent de cause suffisante à un payement. J'ai déjà dit (n° 491) que les obligations naturelles ainsi entendues ne sont qu'un correctif, fort incomplet sans doute, apporté par la jurisprudence à la rigueur de certains principes (1). Dans cette réaction contre le droit ancien, les jurisconsultes s'inspirèrent de l'équité, mais aucune vue d'ensemble ne les dirigea, et quelque nombreuses que soient leurs décisions, c'est en vain que nous y chercherions les éléments d'une véritable théorie. Deux choses feraient obstacle au succès d'une telle tentative : d'abord les jurisconsultes n'ont ni classé les sources des obligations naturelles, ni posé aucune règle générale qui permette de les reconnaître à coup sûr et à première vue : ils se contentent de signaler, au fur et à mesure que l'occasion s'en rencontre, les faits d'où elles résultent. En second lieu, ils ne paraissent pas non plus s'être préoccupés de déterminer par des règles générales les effets des diverses obligations naturelles. Nous savons bien que toutes servent de cause à un payement valable ; nous savons aussi qu'il en est un grand nombre dont l'énergie ne s'arrête pas là ; et même nous pouvons, sans beaucoup d'effort, dresser la liste à peu près complète

(1) Faut-il conclure de là que les textes qui constatent des obligations naturelles contiennent en même temps une critique de la loi ? Sans doute il y a une grande part de vérité dans cette idée, mais elle ne saurait être admise d'une manière absolue. Que par exemple on fasse résulter une obligation naturelle des contrats faits par les esclaves ou des simples pactes faits par une personne quelconque, cela revient bien à critiquer le droit civil qui en principe n'admet pas la personnalité des esclaves et refuse tout effet au consentement manifesté sans formes. Mais à l'inverse, on peut tenir le pupille qui a contracté seul pour obligé naturellement, et néanmoins reconnaître que son incapacité est fondée sur les motifs les plus légitimes ; il n'y a à cela aucune contradiction, surtout si l'on a soin de limiter, comme je le ferai, les effets de cette obligation naturelle.

des effets attachés aux obligations naturelles les plus parfaites. Mais comment discerner celles qui n'en produisent qu'une partie, et surtout, parmi ces dernières, comment mesurer le degré de force de chacune? Voilà ce que nous ignorons. En résumé donc, ramasser les indications éparses des textes pour en tirer une nomenclature des obligations naturelles, et encore ne faut-il point se flatter de la donner complète, puis sur chacune constater ou essayer de deviner les effets qu'elle produit, voilà tout ce que l'interprète peut faire.

Avant d'aborder cette tâche, comme on le voit, fort modeste, je vais donner l'énumération des effets que comportent les obligations naturelles les plus pleines, celles qui se rapprochent le plus des obligations civiles : 1° le principal, je l'ai déjà dit, consiste à rendre un payement possible, c'est-à-dire que contrairement à ce qui arriverait en l'absence totale d'obligation, le débiteur qui paye se croyant soumis à une action n'a pas de *condictio indebiti* (T. II, page 602), et celui qui paye en connaissance de cause ne fait pas une donation (L. 19 § 4, *De donat.*, XXXIX, 5); 2° l'obligation naturelle peut servir de cause à la compensation (L. 6, *De comp.*, XVI, 2). Je veux dire que si le débiteur naturel acquiert quelque action contre son propre créancier et l'intente, celui-ci n'aura qu'à opposer l'exception *doli mali* pour faire déduire ce qui lui est dû naturellement de ce que lui-même doit civilement (L. 8 § 1, *Rat. rem hab.*, XLVI, 8). Ces deux premiers effets reviennent à dire que le créancier est admis à se prévaloir de l'obligation naturelle par voie de rétention (1); 3° l'obligation naturelle peut servir de cause à une *adstipulatio*, de telle sorte que le créancier obtiendra par l'intermédiaire de l'*adstipulator* l'exécution qu'il ne pourrait pas obtenir directement (T. II, page 343); 4° l'obligation naturelle peut être garantie par un droit de gage ou d'hypothèque (L. 5 pr.; L. 14 § 1, *De pign. et hyp.*, XX, 1), et alors, pourvu que la chose affectée soit d'une valeur suffisante, le défaut d'action personnelle ne nuira pas au créancier; 5° l'obligation naturelle peut aussi être garantie par une fidéjussion, ou même, si elle résulte d'un contrat verbal, par une *sponsio* ou une *fidepromissio* (L. 8 § 2; L. 7, *De fid.* XLVI, 1. — T. II, page 357, note 2); 6° elle peut également servir de base à un constitut, et cela, soit que ce pacte fonctionne comme équivalent d'une fidéjussion ou d'une *expromissio* (L. 1 § 7, *De pec.*

(1) Cette idée générale nous explique le droit de préférence qui dans l'action *de peculio* appartient au père de famille à raison des créances naturelles qu'il a contre son fils ou son esclave (L. 9 § 2, *De pec.*, XV, 1).

const., XIII, 5); 7° de même elle peut faire l'objet d'une novation (L. 1 § 1, *De nov.*, XLVI, 2) (1). Ces cinq derniers effets se ramènent à une seule idée générale : c'est que l'obligation naturelle, quoique dépourvue d'action par elle-même, peut devenir la cause indirecte d'une action (2); 8° enfin, l'obligation naturelle, pourvu qu'elle résulte d'une stipulation, suffit à nover une obligation civile (L. 1 § 1 *De nov.*). Dans ce cas, comme nous l'avons vu (T. II, pages 703 et 704), le stipulant perd son ancienne action et ne la remplace pas.

727. Les obligations naturelles peuvent se diviser en deux grandes classes : les unes naissent naturelles, les autres ne sont que des obligations civiles déchues.

Parmi celles qui naissent naturelles, il y en a quelques-unes, mais elles sont rares et peu intéressantes, qui dérivent d'un devoir moral que la loi n'a pas jugé à propos d'ériger en obligation proprement dite. Ainsi, quand un affranchi a fourni à son patron des *operæ officiales* qu'il croyait lui devoir, la répétition n'est point admise; car bien que déterminée par une erreur, la prestation ainsi faite s'appuie sur une cause suffisante, sur ce que les Romains appellent volontiers *pietas* (L. 26 § 12, *De cond. ind.*, XII, 6 (3). Du reste les interprètes dis-

(1) Cette décision présente surtout de l'intérêt dans deux cas : 1° si la stipulation *novandi causa* a été faite en cette forme vague, *id quod debes, spondes*, elle crée néanmoins une obligation, or on a vu qu'elle n'en créerait point en l'absence totale de dette antérieure ; 2° si c'est par erreur que le débiteur naturel a consenti à nover, la *condictio indebiti* ne lui compète pas ; or on sait qu'elle lui serait donnée s'il avait promis ne devant absolument pas (T. II, pages 704 et 705).

(2) Telle est peut-être l'idée de Julien lorsqu'il s'exprime ainsi : *naturales obligationes non eo solo æstimantur si aliqua actio earum nomine competit, verum etiam quum soluta pecunia repeti non potest* (L. 16 § 4, *De fid.*, XLVI, 1). Cette phrase a tourmenté les interprètes. D'après les uns, Julien fait allusion au double sens de l'expression obligation naturelle ; mais la suite du texte paraît contraire à cette explication, car il ajoute que dans un langage très exact les débiteurs naturels ne sont pas véritablement des débiteurs. D'autres croient que le jurisconsulte ne songe qu'aux obligations naturelles proprement dites. Mais les partisans de cette seconde interprétation se divisent. Quelques-uns traduisent ainsi la pensée de Julien : il y a obligation naturelle dans deux ordres de cas, savoir lorsqu'un individu est tenu d'une action paralysée par une exception donnée *odio creditoris*, comme celle du sénatusconsulte Macédonien, et aussi lorsque n'étant tenu d'aucune action il ne pourrait néanmoins répéter ce qu'il aurait payé. D'autres font signifier au texte que l'obligation naturelle se caractérise par ces deux effets : elle peut servir de cause indirecte à une action qui n'existerait pas sans elle, et elle fait obstacle à la répétition de ce qui a été payé. C'est à cette dernière opinion que je me rangerais, si je me croyais obligé d'en avoir une. Heureusement aucun principe n'est en jeu dans cette discussion : il ne s'agit que de savoir ce que Julien a voulu dire.

(3) Un texte de Julien (L. 32 § 2, *De cond. ind.*) fournit un autre exemple. Il y

cutent si de telles obligations peuvent avoir un autre effet que de servir de cause à un payement (1). Bien plus souvent, les obligations naturelles dès leur origine doivent leur caractère d'infériorité à quelque obstacle qui a empêché la formation d'une obligation civile, et cet obstacle lui-même tient presque toujours ou à une raison de forme, ou à l'incapacité du débiteur, ou à la relation particulière que les diverses puissances domestiques établissent entre les parties. Attachons-nous à cette distinction.

Obligations naturelles tenant à la forme. — Les principaux faits d'où elles résultent sont les suivants : 1° les pactes nus, c'est-à-dire dépourvus d'action (n° 644) (2); 2° les stipulations *post mortem meam* ou *post mortem tuam*. Que de telles stipulations ne soient nulles civilement qu'à raison de la forme, on l'a déjà vu (n° 523); qu'elles engendrent des obligations naturelles, cela est évident puisque

est question d'une femme qui constitue une dot, s'y croyant obligée. Mais on ne voit pas si c'est pour elle-même qu'elle la constitue, ou si c'est pour sa fille ou sa petite-fille.

(1) On a déjà vu que l'héritier qui n'a pas retenu la quarte Falcidie ou la quarte Pégasienne peut répéter s'il a été dans erreur (nos 402 et 409), mais que dans le cas contraire il n'est point réputé avoir fait une donation (n° 301). Dans ce cas, et dans tous ceux où le payement, déterminé par erreur, autorise la *condictio indebiti* et, fait en connaissance de cause, est considéré comme le simple acquittement d'un devoir, on se demande s'il y a obligation naturelle. Répondre oui, c'est reconnaître chez les Romains une catégorie particulière d'obligations naturelles qui, assez semblables aux nôtres, n'auraient d'effet que par la volonté du débiteur. Ce qui me fait hésiter, c'est que dans les textes l'idée d'obligation naturelle paraît toujours impliquer l'exclusion de la *conditio indebiti*, ou, si l'on aime mieux, la validité du payement fait par erreur. Quoi qu'il en soit à cet égard, les décisions que je viens de rappeler montrent qu'il ne faut pas dire d'une manière absolue que partout où le payement fait par erreur donnerait lieu à répétition, le payement fait sans erreur contient une donation (L. 53, *De reg. jur.*, L, 17).

(2) Les principaux arguments sur lesquels on se fonde pour refuser de voir dans les pactes nus une source d'obligations naturelles ont déjà été signalés et réfutés (T. II, page 562, note 3; page 581, note 3). Je me contenterai de faire observer ici que cette source devait être très peu productive, et cela pour plusieurs raisons. D'abord il aurait fallu une grande simplicité pour croire que le pacte obligeât civilement. Quand donc on voulait faire quelque chose de sérieux, on recourait à la stipulation. Mais de plus, si le pacte était fait à titre gratuit, la loi Cincia l'empêchait dans la plupart des cas de produire une obligation naturelle. Et s'il était synallagmatique, la pensée évidente de chaque partie était de ne s'obliger que sous cette condition : *si l'autre exécute*. Donc tant que le pacte restait de part et d'autre inexécuté, aucune obligation ni civile ni naturelle n'existait, et le jour où l'une des parties avait exécuté, un contrat innommé se formait, et il n'y avait plus lieu de parler d'obligation naturelle. Cela suffit à nous faire comprendre pourquoi nous n'avons en cette matière qu'un seul texte formel, et pourquoi il se réfère à un pacte d'intérêts, pacte qui n'est ni gratuit ni synallagmatique.

la première peut être accompagnée d'une *adstipulatio*, et la seconde d'une *adpromissio* (Gaius, III, §§ 117 et 119) ; 3° les stipulations *pridie quam moriar* ou *pridie quam morieris*, car ici encore la nullité ne tient qu'à la forme (n° 523) ; 4° les stipulations faites dans la forme *spondes spondeo*, lorsqu'un pérégrin y figure, soit comme créancier, soit comme débiteur. On sait, en effet, que ces stipulations, comme les précédentes, ne valent qu'à titre de pactes (1). Ces diverses obligations naturelles, évidemment très rares dans la pratique, sont par cela même à peine indiquées dans les textes, et à plus forte raison ne s'attachent-ils point à en déterminer les effets, mais le motif même pour lequel on leur refuse le titre d'obligations civiles nous permet de croire qu'elles produisent tous les effets possibles de l'obligation naturelle (2).

728. *Obligations naturelles à raison de l'incapacité du débiteur.* — Il s'agit ici de savoir si le consentement des personnes que le droit commun déclare incapables de s'obliger ne peut pas du moins engendrer une obligation naturelle. Cette question évidemment ne se pose pas à l'égard des fous et des *infantes*, puisque les uns et les autres n'ont ni intelligence de leurs actes ni volonté (3). Bornons-nous donc à l'examiner à l'égard des autres incapables.

Esclaves — Que l'esclave s'oblige naturellement par ses contrats, c'est un point incontestable (Inst., § 1, *De fid.*, III, 20. — n° 506) (4).

(1) D'ailleurs il ressort d'une analyse attentive de Gaius (III, § 119) que ces stipulations pouvaient être garanties par un fidéjusseur.

(2) Cependant si je stipule *post mortem tuam*, ou *pridie quam morieris*, un *adstipulator* ne peut pas intervenir avec effet ; car comme moi il stipule pour l'époque qui suivra votre mort. De même, quand je stipule *post mortem meam* ou *pridie quam moriar*, l'intervention d'un *adpromissor* est inutile, et cela parce qu'étant interrogé dans les mêmes termes que le débiteur principal, il ne promet lui aussi que pour une époque postérieure à la mort du stipulant. En un mot, dans les deux cas le même vice affecte nécessairement les deux obligations.

(3) Cependant nous trouvons un texte qui tient le fidéjusseur du fou pour obligé comme celui du pupille non autorisé ou du prodigue (L. 25, *De fid.*, XLVI, 1). En vue de concilier cette décision avec une autre qui est exactement contraire (L. 6, *De verb. obl.*), et aussi pour la concilier avec le sens commun, on a proposé deux explications principales. Les uns croient qu'il s'agit d'un fidéjusseur qui s'est obligé en connaissance de cause, et qui alors serait moins un fidéjusseur qu'un débiteur principal mal qualifié. D'autres, considérant que le texte statue sur un *furiosus* et non pas sur un fou quelconque, disent qu'en fait un doute peut s'élever sur la question de savoir si le fou n'a pas traité dans un intervalle lucide, et que ce doute suffit à valider la fidéjussion. Quoiqu'il en soit, personne ne conteste la nullité absolue de l'obligation contractée dans un moment de folie.

(4) En sens inverse, l'esclave n'acquiert-il pas quelquefois une créance naturelle ? Je me suis déjà expliqué à cet égard (T. II, page 230, note 2).

Quant aux conséquences possibles de cette obligation, une distinction est nécessaire. A l'égard des tiers, elle comporte immédiatement tous les effets qu'une obligation naturelle peut produire, et par exemple elle est valablement garantie par une fidéjussion (Gaius, III, § 119). Mais à l'égard de l'esclave lui-même, elle demeure forcément inefficace aussi longtemps qu'il ne change pas de condition ; car n'ayant pas de biens personnels, il ne peut ni la payer ni en assurer l'effet par une constitution de gage (1), et restant incapable, il ne peut pas non plus la nover ou en faire l'objet d'un pacte de constitut qui engendre action. C'est donc seulement du jour où la liberté lui est acquise que son obligation devient sérieuse dans ses rapports personnels avec le créancier (L. 19 § 4, *De donat.*, XXXIX, 5). Toutefois on se demande si même alors elle peut lui être opposée par voie de compensation ; et plusieurs interprètes croient qu'elle ne le peut que dans les cas où il a gardé son pécule, et seulement jusqu'à concurrence des valeurs que ce pécule contenait au jour de l'affranchissement. Certains textes font présumer que la question avait été controversée entre les jurisconsultes (L. 18 ; L. 19 pr. et § 1, *De neg. gest.*, III, 5).

Pupilles. — Supposons ici un pupille qui ait dépassé l'*infantia*, sinon sa capacité serait absolument nulle (n° 153) ; qui de plus ait contracté seul, car avec l'*autoritas tutoris* il s'obligerait civilement ; qui enfin ne se soit point enrichi, autrement il serait tenu d'une action jusqu'à concurrence de son profit (n° 156). Ces trois conditions réunies, le pupille sera-t-il obligé naturellement ? Dans le droit de Justinien l'affirmative est certaine (Inst., § 3, *Quib. mod. obl. toll.*, III, 29), et il est difficile de ne pas reconnaître que telle était déjà la doctrine générale des jurisconsultes classiques. C'est celle de Gaius (III, §§ 119 et 176. — L. 35, *De rec.*, IV, 8), de Pomponius (L. 42 pr., *De jur.*, XII, 2), de Scévola (L. 127, *De verb. obl.*), de Papinien (L. 25 § 1, *Quand. dies leg.*, XXXVI, 2. — L. 95 § 2, *De sol.*), de Marcien (L. 44, *De sol.*), d'Ulpien (L. 19 § 4, *De don.* — L. 1 § 1, *De nov.*, XLVI, 2) et de Paul (L. 21 pr., *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2), et leurs textes ne

(1) Cependant nous voyons dans plusieurs textes que l'esclave qui a la libre administration de son pécule fait valablement un payement ou une constitution de gage (L. 13 pr., *De cond. ind.*, XII, 6. — L. 84, *De sol.*). Mais ces décisions ne contredisent point le principe que je pose ; elles s'expliquent par le pouvoir de disposition qui a été conféré à l'esclave relativement au pécule, et de plus on remarquera qu'en de tels cas, ce n'est pas lui, mais le maître, qui souffre de l'obligation naturelle.

contiennent ni l'énonciation positive ni même l'indice d'une controverse. Tenons donc pour certain que si peut-être cette doctrine souleva quelque opposition, elle prévalut néanmoins de bonne heure (1). Ceci

(1) Trois textes, appartenant à Licinius Rufinus (L. 59, *De obl. et act.*, XLIV, 7), à Nératius, (L. 41, *De cond. ind.*), et à Paul (L. 13 § 1, *De cond. ind.*), paraissent nier l'obligation naturelle du pupille. Le besoin de les mettre d'accord avec les textes beaucoup plus nombreux qui reconnaissent cette obligation a produit les trois systèmes suivants; 1° il faudrait distinguer entre le pupille *pubertati proximus* et le pupille *infantiæ proximus*. Le premier s'obligerait naturellement, mais non le second. Ce système est réfuté d'avance, puisque dans le droit classique la distinction des *infantiæ proximi* et des *pubertati proximi* n'a plus d'intérêt qu'en matière de délits (n° 155 *in fine*); 2° c'est entre le pupille enrichi et le pupille non enrichi qu'il faudrait distinguer. L'obligation naturelle ne résulterait que de l'enrichissement et non du contrat lui-même. Que cette doctrine ait été admise avant Antonin le pieux, cela est fort possible; mais on sait que sous le règne de ce prince l'enrichissement du pupille devint une cause d'obligation civile. Or comme tous les textes qui affirment l'existence de l'obligation naturelle appartiennent ou à l'époque d'Antonin ou à une époque plus récente, nous devons croire qu'ils excluent la circonstance d'un enrichissement, sinon il faudrait admettre, contre toute vraisemblance, qu'ils constatent une législation abrogée et laissent de côté le droit vivant; 3° l'obligation naturelle du pupille n'aurait jamais d'effet que contre ses héritiers et contre les tiers qui l'ont garantie, non contre lui-même, et c'est à quoi feraient allusion les trois textes indiqués tout à l'heure. Ce système viole la règle d'après laquelle une obligation commence nécessairement en la personne de celui qui la contracte et non de ses héritiers, et de plus, il est formellement contredit par deux textes où nous voyons tenu pour valable un payement qui émane du pupille lui-même (L. 21 pr., *Ad leg. Falc.* — L. 25 § 1, *Quand. dies leg.*). — Outre les vices particuliers à chacun de ces systèmes, ils ont ce vice commun de forcer leurs adhérents à sous-entendre dans tous les textes une distinction qui n'y est point énoncée et qui valait la peine de l'être. Laissons-les donc, et bornons-nous à expliquer les trois textes qui ont suscité la difficulté. Celui de Licinius Rufinus, à mon sens, n'a rien d'embarassant : un pupille qui emprunte, dit-il, n'est point obligé même *jure naturali*. En prenant ces mots comme synonymes de *jure gentium*, nous avons un sens très satisfaisant : le jurisconsulte veut dire que l'incapacité du pupille est fondée sur la raison naturelle et appartient au droit des gens. Quant au texte de Nératius, il suppose qu'un pupille non autorisé a promis, puis payé; ce pupille répétera, dit Nératius, *quia nec natura debet*. En elle-même cette décision est tout à fait correcte, car elle a trait à un payement fait avant la puberté, et ce payement, comme je vais bientôt le montrer, ne saurait être admis. Il n'y a d'embarrassant que le motif donné par Nératius; mais on peut l'entendre en ce sens que jusqu'à l'acquisition de la puberté l'obligation naturelle du pupille est par rapport à lui comme n'existant pas. Reste le texte de Paul. Il y est dit que si un pupille non autorisée emprunte, s'enrichit, et devenu pubère rembourse, la répétition lui sera refusée. Et l'on conclut de là que lorsque le pupille ne s'est point enrichi, le payement qu'il fait même après l'âge de puberté donne lieu à la *condictio indebiti*. Si cette conclusion était exacte, elle mettrait Paul en contradiction avec lui-même, puisque j'ai cité un texte de ce jurisconsulte qui admet sans hésiter l'obligation naturelle du pupille. Aussi croirais-je très volontiers que sa pensée a été tronquée par Justinien. Étant donné la circonstance d'un

admis, reste à déterminer les effets de cette obligation naturelle, et à cet égard les textes ne nous donnent pas les éléments d'une solution complète. En ce qui concerne les tiers, nous sommes bien fondés à croire que l'obligation du pupille, comme celle de l'esclave, avait immédiatement toute son efficacité (Gaius, III, §§ 119 et 176). C'est seulement à l'égard du pupille lui-même que la question est délicate. En effet il ne faut pas que l'admission d'une obligation naturelle à sa charge aboutisse, même indirectement, à neutraliser la règle si rationnelle qui le proclame incapable. Si cette idée est juste, deux conséquences en résultent : la première, tout à fait évidente, c'est que jamais son obligation naturelle ne légitimera ni un payement ni aucun autre acte par lui fait avant l'âge de puberté ; la seconde, c'est que même devenu pubère, il ne pourra se la voir opposer qu'en vertu d'un fait nouveau émané de lui-même. Que par exemple il paye, le payement, quoique fait par erreur, vaudra. Mais que le créancier, devenu son débiteur civilement, veuille alléguer la compensation, on ne le lui permettra pas : si cette décision n'est pas écrite dans les textes, on peut sans effort l'induire de ce que le pacte *de non petendo* consenti par le pupille ne lui nuit jamais (L. 28 pr., *De pact.*, II, 14) (1).

Mineurs de vingt-cinq ans en curatelle. — Je me place dans le dernier état du droit, et je suppose admis que ces mineurs sont devenus incapables de contracter seuls des obligations civiles (n° 175). Du moins leur incapacité n'est-elle pas plus profonde que celle des pupilles, et il faut leur faire l'application de tout ce qui a été dit relativement à ces derniers.

Prodigues interdits. — J'ai fait remarquer que leur capacité est comparable à celle des pupilles (n° 171 *in fine*). Donc sans aucun doute ils s'obligent naturellement, et les effets de cette obligation se règlent comme les effets de celle du pupille (2).

enrichissement, il comparait le payement fait par le pupille devenu pubère au payement fait par le pupille encore impubère. Au premier cas le payement vaut; au second cas il est nul, parce que le pupille est incapable d'aliéner.

(1) En matière de gestion d'affaires nous avons vu que cette doctrine reçoit une exception (n° 657 *in fine*).

(2) Cette doctrine est confirmée par un texte déjà cité (L. 27, *De fid.* — T II, page 795, note 3), où nous voyons qu'un fidéjusseur s'oblige valablement pour un prodigue interdit. Mais en sens inverse, elle est contredite par la loi 6, *De verb. obl.*, d'après laquelle un fidéjusseur ne s'engagerait valablement ni pour un prodigue interdit, ni pour un fou. Ceux qui tiennent à concilier les deux textes peuvent

Femmes en tutelle. — Je me place dans l'ancien droit, et je suppose qu'une femme *sui juris* contracte sans l'autorisation de son tuteur. Qu'elle s'oblige naturellement, cela est évident puisque son obligation peut être garantie par un *adpromissor* et a la force de nover une obligation antérieure (Gaius, III, §§ 119 et 176). Quant aux effets de cette obligation, je serais porté à croire qu'ils se réglaient d'après la distinction suivante : si la femme était soumise à une tutelle sérieuse, celle d'un patron ou d'un ascendant, son obligation probablement ne pouvait être opposée qu'à des tiers et non point à elle-même, autrement elle fût devenue préjudiciable au tuteur lui-même. Que si au contraire il s'agissait de toute autre espèce de tutelle, en réalité l'obligation de la femme ne devait son infériorité qu'à un motif de forme, et en conséquence elle avait la même énergie que celles qu'engendrent les pactes (nº 165. — T. 1, page 398, note 2) (1).

Fils de famille emprunteur. — On a déjà vu (nº 591) qu'aux termes du sénatus-consulte Macédonien le fils de famille est incapable d'emprunter de l'argent, mais que cette incapacité ne l'empêche pas de s'obliger naturellement. On a vu aussi que les personnes qui interviennent pour lui ne contractent elles-mêmes qu'une obligation naturelle. Reste à rechercher dans quelle mesure le fils de famille lui-même est tenu. Or à cet égard les textes ne nous fournissent pas les éléments d'une théorie bien arrêtée. Distinguons deux hypothèses : 1º le fils de famille n'a pas changé de condition. Ici le principe devait être que son obligation ne peut produire aucun effet ni contre lui-même ni à plus forte raison contre son père. Mais ce principe n'est point absolu, ou du moins il ne l'était pas pour tous les jurisconsultes. En effet, nous avons vu que, d'après Paul, le fils de famille qui s'est laissé déléguer par le créancier ne peut opposer aucune exception au délégataire (T. II, p. 719, note 2) (2). Et Marcellus, sup-

distinguer si le fidéjusseur s'est engagé ignorant ou connaissant la situation du prodigue. Dans les deux cas, il est tenu *jure civili*; mais dans le cas où il peut établir son erreur, une exception le relèverait de son obligation. Du reste ces deux textes évidemment ont tort de placer sur la même ligne l'obligation du prodigue interdit et celle du fou; car l'un a une volonté, l'autre n'en a pas (nº 171 *in fine*).

(1) Je ne reviens point sur la femme qui s'est obligée contrairement au sénatus-consulte Velléien : j'ai déjà dit qu'elle n'est tenue d'aucune obligation naturelle, au moins dans le droit classique (nº 576 — T. II, page 391, note 3).

(2) Cette opinion de Paul était-elle unanimement acceptée ? La note à laquelle je renvoie constate qu'il y a des doutes à cet égard.

posant qu'il a payé, permet bien au père de famille de revendiquer les deniers tant qu'ils sont dans les mains du créancier, mais lui refuse la *condictio* une fois qu'ils ont été consommés (L. 14, *De reb. cred.*, XII, 1). Il est vrai que Julien (L. 9 § 1, *De s. c. t. Mac.*, XIV, 6), avec beaucoup plus de bon sens selon moi, autorise cette *condictio* d'une manière générale (1); 2° le fils de famille est devenu père de famille. Il semble qu'ici les effets de l'obligation naturelle devraient se produire dans toute leur plénitude; car ils ne peuvent plus réfléchir contre le père. Et pourtant des textes formels décident que si le débiteur s'est laissé condamner faute d'avoir opposé l'exception du sénatus-consulte Macédonien, il l'opposera valablement sur l'action *judicati* (L. 11, *De s. c. t. Mac.*), et que si une erreur de fait l'a déterminé à nover, il restera protégé par une exception *in factum* (L. 20, *De s. c. t. Mac.*) (2). En outre, je tiens pour probable que la compensation ne pouvait pas lui être opposée, car un texte général porte que les obligations paralysées par une exception péremptoire ne servent jamais de cause à la compensation (L. 14, *De comp.*, XVI, 2).

729. *Des obligations naturelles à raison de la relation qu'une puissance domestique établit entre le créancier et le débiteur.* — C'est une règle déjà connue (n° 505 *in fine*) qu'aucune action en justice n'est possible entre deux personnes dont l'une est soumise à la puissance de l'autre, règle tellement absolue qu'une instance judiciaire déjà engagée se dissout de plein droit lorsque l'une des parties tombe sous la puissance de l'autre partie (L. 11, *De jud.*, V, 1). Il résulte de là que les contrats faits entre ces personnes n'engendrent

(1) Les opinions divergentes de Marcellus et de Julien étaient rapportées par Ulpien dans un texte que les compilateurs du Digeste ont évidemment mis en deux morceaux. Dans quel sens se prononçait Ulpien, nous l'ignorons ; ce qui est certain, c'est que nous ne pouvons pas l'accuser de contradiction. Quant à Marcellus et Julien, des efforts nombreux ont été tentés pour les mettre d'accord ; notamment on a dit que Marcellus suppose les deniers consommés de bonne foi et que Julien suppose le contraire. Mais cette explication est inacceptable, car si le créancier a consommé de mauvaise foi, les principes généraux veulent qu'ils restent soumis à la *rei vindicatio* et à l'action *ad exhibendum* (n° 588), et d'autre part Julien exprime très nettement que la *condictio* reste possible *ex omni eventu*, c'est-à-dire même dans le cas de bonne foi. Du reste, il y a une hypothèse sur laquelle on devait s'accorder : c'est celle où le fils de famille aurait reçu une donation d'argent sous la condition de l'employer à payer le prêteur. Ici le payement est pleinement valable. Telle est la décision de Julien, et Marcellus à coup sûr ne la contredisait pas.

(2) Il n'est pas bien certain que cette seconde décision fût unanimement reçue (L. 2, C., *Ad s. c. t. Mac*, IV, 28).

pas d'obligations civiles (1); et à bien parler, ce ne sont pas de véritables contrats, ce ne sont que des pactes, mais du moins produisent-ils des obligations naturelles, et nous verrons plus tard que ces obligations ont des conséquences importantes dans l'action *de peculio*. Pour le moment, je me bornerai à présenter sur leurs effets les deux observations suivantes : 1° tant que dure la puissance dominicale ou paternelle, il importe de savoir quel rôle le père de famille joue dans le contrat. Si c'est comme créancier qu'il y figure, nous savons déjà qu'il peut recevoir un fidéjusseur (Gaius, III, § 119), tandis qu'au contraire si c'est à titre de débiteur, l'intervention d'un fidéjusseur est impossible (n° 562 *in fine*). Et ce que je dis ici de la fidéjussion doit être étendu à toute autre espèce de garantie accessoire fournie par une tierce personne, par exemple à une constitution d'hypothèque ou à un pacte de constitut; 2° lorsque le fils de famille est émancipé ou l'esclave affranchi, et d'une manière plus générale lorsque la puissance est dissoute, on comprend que l'obligation naturelle acquière entre les parties une plénitude d'effets qui lui manquait jusque-là. Notamment il est certain qu'elle fait obstacle à la répétition d'un payement déterminé par erreur (L. 64, *De cond. ind.*). Mais les interprètes se demandent si elle peut être opposée par voie de compensation (2).

Je ferai remarquer, au surplus, qu'entre deux personnes soumises à la même puissance on ne peut également admettre que des obligations naturelles (L. 38 pr., §§ 1 et 2, *De cond. ind.*). En effet, si les contrats qu'elles font ensemble donnaient naissance à des actions, c'est au père de famille que ces actions appartiendraient. Or, je l'ai déjà dit, un père de famille n'agit pas contre ses enfants ou ses esclaves (3).

(1) Je fais abstraction des limitations successives que cette règle subit dans les rapports du père de famille et de ses enfants à raison de l'introduction des pécules *castrense*, *quasi-castrense* et *adventitium*.

(2) En faveur de l'affirmative on allègue un texte de Paul (L. 20 § 2, *De stat.*, XL, 7), où l'on voit que l'esclave à qui la liberté a été léguée sous la condition de donner dix à l'héritier peut prendre la somme sur son pécule. Mais bien que le texte se serve du mot *compensare*, il n'y a pas ici une compensation proprement dite, et cela parce que nous ne sommes pas dans l'hypothèse d'une action en justice.

(3) En parlant des obligations naturelles qui naissent entre personnes unies par le lien de la puissance, je me suis constamment placé dans l'hypothèse d'un contrat; mais que décider s'il s'agit d'un délit commis par une de ces personnes contre l'autre? Excepté le cas où le délit est l'œuvre d'un esclave que son maître ne possède pas,

730. *a*. Passons aux obligations naturelles de la seconde classe, à celles qui ne sont que des obligations civiles dégradées. On peut se demander s'il n'y a pas des cas où la *litis contestatio* et même l'absolution judiciaire laissent subsister une obligation de ce genre. La même question se pose lorsque le débiteur a prescrit l'action dont il était tenu, et lorsque grâce à l'exception *quod facere potest* il a obtenu de n'être condamné que dans la mesure de son actif. Mais l'examen de ces questions trouvera sa place naturelle dans la théorie des actions. Je me bornerai donc à citer les deux exemples suivants : 1° lorsqu'un mineur de vingt-cinq ans s'est fait restituer *in integrum*, on peut admettre qu'il demeure tenu naturellement, et cela sert à expliquer logiquement que le bénéfice de la restitution ne s'étende pas, du moins en règle générale, à ses fidéjusseurs (T. II, page 378, note 1). Du reste il va de soi qu'une telle obligation naturelle ne peut jamais être opposée au mineur sans un fait nouveau qui lui soit personnel; 2° lorsqu'un débiteur institue son créancier et le grève d'un fidéicommis universel, l'adition volontaire ou forcée éteint la créance par voie de confusion. Mais on décide qu'une obligation naturelle subsiste, et selon toute probabilité elle produit les effets des obligations naturelles les plus pleines (L. 44 pr.; L. 59 pr., *Ad. s. c. t. Treb.*, XXXVI, 1) (1).

Reste à faire observer que les obligations naturelles, s'analysant en un pur lien d'équité, s'éteignent *ipso jure* par un simple pacte (2) et peut-être aussi par un serment extrajudiciaire (L. 95 § 4, *De sol.*, XLVI, 3) (3).

aucune obligation civile ne prend naissance. Se forme-t-il du moins une obligation naturelle? Je ne connais aucun texte qui s'explique à cet égard.

(1) Je puis citer une obligation naturelle qui tantôt naîtra avec ce caractère et tantôt sera née civile. Supposons qu'un magistrat, par une décision nouvelle, c'est-à-dire contraire aux principes admis, ait refusé de sanctionner une obligation semblable à celle qu'il allègue aujourd'hui contre moi. Son action par cela même est condamnée à échouer, et il en serait de même si j'étais poursuivi par le tiers qui a bénéficié de cette décision nouvelle, mais dans tous les cas je reste tenu naturellement (L. 1 § 1; L. 3 § 7, *Quod quis, jur.*, II, 2).

(2) Cet effet donné au pacte *de non petendo* peut être considéré comme une extension de la règle *quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt* (n° 700).

(3) En ce qui concerne le serment, cette décision est contredite par Pomponius (L. 42 pr., *De jur.*, XII, 2), et non sans raison, car le serment peut n'être qu'un parjure et par conséquent donner des résultats contraires à l'équité.

TROISIÈME PARTIE

DES ACTIONS

NOTIONS GÉNÉRALES.

Lib. III, tit. IV, *De actionibus* pr. — Superest ut de actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud est quam jus persequendi judicio quod sibi debetur (Celsus, L. 51, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

Reste à parler des actions. Or l'action n'est autre chose que le droit de poursuivre devant un juge ce qui nous est dû.

731. La théorie des actions repose sur les trois idées suivantes : 1° quand le législateur détermine nos droits, ce n'est que dans le but de les faire respecter. Les règles qu'il pose ont donc besoin d'être complétées par une sanction ; 2° mais cette sanction n'aboutirait qu'à des désordres et à des violences, si elle pouvait être appliquée directement par les intéressés. C'est donc une règle absolue que nul ne se fasse justice à soi-même ; et de là l'organisation judiciaire, c'est-à-dire l'établissement d'une autorité chargée de trancher les contestations (L. 176, *De reg. jur.*, L, 17) ; 3° enfin, comme l'arbitraire de l'autorité n'est guère moins dangereux que l'absence même d'autorité, il fallait déterminer les formes selon lesquelles les divers procès seraient engagés, suivis et jugés. Ces formes constituent la procédure.

Le mot action, en dehors des significations restreintes et toutes romaines que je dégagerai tout à l'heure, a trois sens généraux pleinement indépendants des formes variables de la procédure : 1° il désigne avant tout le droit de recourir à l'autorité pour faire cesser la violation d'un droit, et, s'il y a lieu, obtenir la réparation du dommage causé. Ainsi entendue, l'action ne diffère pas beaucoup du droit qui

lui sert de base (1), et par conséquent ne saurait faire l'objet d'une étude distincte ; 2° le fait même d'exercer ce recours prend aussi le nom d'action, mais c'est là visiblement une signification dépourvue de valeur scientifique, et à laquelle il n'y a pas lieu de s'arrêter ; 3° enfin l'on entend par action les formes et règles selon lesquelles ce recours s'exerce et est jugé. C'est à ce dernier sens que nous devons nous attacher ici, et c'est pourquoi j'ai fait remarquer précédemment (n° 33) que l'étude des actions se confond avec celle de la procédure.

Trois systèmes généraux de procédure se succédèrent à Rome, savoir : les actions de la loi, le système formulaire, et la procédure extraordinaire. Les actions de la loi nous apparaissent en pleine vigueur dès l'époque des Douze Tables (2), et il est fort probable qu'elles remontent à une date beaucoup plus ancienne. Comme système général, elles règnent exclusivement jusqu'à la loi Æbutia qu'il faut placer au sixième siècle de Rome. Dès lors, et dans la mesure même où cette loi les abroge, elles sont remplacées par le système formulaire, dont les siècles suivants étendent le domaine et perfectionnent le mécanisme, et qui a la fortune de concourir avec le plus haut développement scientifique du droit. Puis sous Dioclétien, lui-même disparaît laissant la place à une procédure moins savante et moins rigoureuse, procédure qui n'a rien de nouveau, mais qui jusque-là n'avait fonctionné qu'à titre exceptionnel, d'où le nom de procédure extraordinaire que la force de l'habitude lui conserve même après qu'elle est devenue le droit commun.

Dans le premier système le mot action revêt une signification technique tout à fait spéciale ; le second lui en donne une autre non moins spéciale, mais fort différente. Pour les comprendre l'une et l'autre, il faut savoir que ces deux systèmes ont un trait commun, je veux dire la distinction du magistrat qui organise le procès et du juge qui le décide, de sorte que toute poursuite judiciaire passe par deux phases

(1) L'identité est même complète en ce sens que l'action et le droit lui-même ne comptent jamais dans notre patrimoine pour deux valeurs distinctes. Mais, à quelques points de vue spéciaux la différence est sensible. Ainsi, quoique les droits réels puissent être opposés à tout le monde, les actions réelles ne s'exercent jamais que contre des personnes déterminées. De même la cession d'une action en revendication s'opère tout autrement qu'une translation de propriété, et l'incessibilité des créances n'empêche pas les actions personnelles d'être cessibles (n° 640).

(2) Voir ce que je dis plus loin (page 830, note 1).

successives et se décompose en deux instances distinctes. La première s'appelle *jus* et s'accomplit devant le magistrat; on dit alors que les parties sont *in jure* (1). La seconde s'appelle *judicium* et s'accomplit devant le juge; on dit alors que les parties sont *in judicio* (2). Le premier système se caractérise par des solennités d'actes et de paroles qui ont lieu avec le concours et sous la direction du magistrat. Ce sont ces solennités que l'on appelle *legis actiones*. Le mot action ne désigne donc ici que le premier acte de la procédure. Dans le second système le rôle du magistrat consiste à rédiger une instruction écrite portant nomination du juge et détermination de ses pouvoirs. C'est cette instruction qu'on appelle formule, et l'action n'est autre chose que le droit qui appartient au demandeur de s'adresser au juge ainsi nommé et de requérir de lui une décision conforme à la formule. Ainsi l'entend Celsus, lorsqu'il définit l'action le droit de poursuivre devant un juge (*judicio*) ce qui nous est dû (L. 51, *De obl. et act.*, XLIV, 7). La pensée du jurisconsulte ne saurait être douteuse quand on considère qu'il présente l'action comme ayant pour objet invariable un droit de créance; car, comme on le verra bientôt (n° 766), la délivrance de la formule a cet effet singulier que le droit du demandeur, fût-il droit réel auparavant, devient désormais simple créance. Dans la procédure extraordinaire, le mot action, nécessairement, n'a plus que les trois significations générales déjà indiquées; car cette procédure exclut toute espèce de solennités et ne distingue pas le magistrat du juge. Que si néanmoins les Institutes (pr. *sup.*) reproduisent la définition de Celsus, au fond elles la dénaturent et dans la forme elles la rétrécissent : d'une part, en effet, elles détournent le mot *judicium* de son ancienne acception, et veulent simplement signifier que l'action est le droit de recourir à l'autorité judiciaire; et, d'autre part, faute d'exprimer que ce recours appartient au propriétaire aussi bien qu'au créancier, elles méritent un reproche que Celsus n'avait pas encouru, car dans le dernier état de la législation le droit porté en justice ne change jamais de nature.

Dans l'exposé général de ces trois systèmes de procédure, il est impossible de faire à chacun une part égale. Sur les actions de la loi,

(1) Les textes ne laissent aucun doute sur cette signification du mot *jus* (Gaius, IV, § 29. — L. 11, *De just. et jur.*. I, 1. — L. 1 § 8, *De postul.*, III, 1. — Plaute, *Pers.*, IV, 9, v. 8 et 9).

(2) L'antithèse du *jus* et du *judicium* est fréquemment relevée (L. 1, *De int. in jur.*, XI, 1. — *Lex malacitana*, 65).

l'insuffisance des textes condamne l'interprète à être bref et incomplet. Sur la procédure extraordinaire, fort simple en elle-même et qui d'ailleurs correspond à la décadence de la science, je pourrai me contenter de relever les différences qui la séparent de la procédure formulaire. Quant à celle-ci, il est absolument nécessaire de la décrire en détail, car elle pénétra le droit tout entier : c'est sous son influence que le langage se fixa, elle fut, pour ainsi dire, le moule où les jurisconsultes élaborèrent et façonnèrent toutes leurs théories; et jamais la solidarité du fond et de la forme ne fut plus étroite que sous le règne de cette procédure, de sorte que sans une connaissance approfondie de son mécanisme, on ne comprend ni le droit classique ni même le droit du bas-empire, héritier en quelque sorte nécessaire de la langue et des classifications de l'âge précédent.

Au surplus, comme la procédure n'est qu'une machine dont les magistrats et les juges sont les moteurs, je ne puis l'aborder sans avoir préalablement donné une notion au moins sommaire de l'organisation judiciaire en matière civile.

DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE.

SOMMAIRE : I. Notion de la *jurisdictio*. — II. Du magistrat sous les deux premiers systèmes de procédure. — III. Des juges sous ces deux mêmes systèmes. — IV. De l'organisation judiciaire dans le troisième système.

I. — NOTION DE LA *jurisdictio*.

732. La *jurisdictio*, dans le sens le plus large et le plus conforme à l'étymologie du mot (*jus dicere*), comprend tout acte par lequel le magistrat déclare le droit. Si l'on veut, c'est l'ensemble des pouvoirs relatifs à l'administration de la justice (1). Mais, comme ces pouvoirs ne sont pas toujours tous réunis dans les mêmes mains, et que les uns peuvent être délégués à l'exclusion des autres, il convient de les classer sous des noms distincts, ce qui d'ailleurs nous conduira à

(1) La *jurisdictio* n'est elle-même qu'une branche, ou, si l'on aime mieux, une dérivation de l'*imperium*. Paul en fait la remarque relativement au *jus dandi judicis*, c'est-à-dire au plus caractéristique des droits compris dans la *jurisdictio* (L. 12 § 1, *De jud.*, V, 1). Quant à l'*imperium*, cette expression, comme son synonyme *potestas*, signifie d'une manière générale le droit de commander et de recourir à la force, dont sont investis tous les grands magistrats romains (L. 32, *De inj.*, XLVII, 10. — L.L. 214 et 215, *De verb. sign.*, L, 16). Que si parfois on oppose la *jurisdictio* à l'*imperium*, c'est qu'alors ce dernier mot prend une signi-

dégager une autre signification, plus restreinte et plus usuelle, du mot *jurisdictio*. Le classement qui me paraît le plus exact comprend les cinq termes suivants :

1° Le *jus edicendi* ou droit de rendre des édits (Gaius, IV, § 110. — Inst., § 8, *De act.*, IV, 6). — Tous les grands magistrats de Rome, chacun dans la sphère de ses attributions, sont investis de ce droit (Gaius, I, § 6) ; mais il n'appartient qu'à eux et ne saurait être délégué.

2° Le *jus judicari jubendi aut judicandi* (L. 3, *De jurisd.*, II, 1.). — Le *jus judicari jubendi* n'est autre chose que le droit de renvoyer les plaideurs devant un ou plusieurs juges, ce qui comprend le droit de présider à l'accomplissement des *legis actiones* ou de délivrer une formule. Quant au *jus judicandi*, c'est le droit de juger soi-même. Ces deux attributions constituent la *jurisdictio* dans le sens étroit; la première est la *jurisdictio ordinaria*, la seconde la *jurisdictio extraordinaria*. La *jurisdictio* ainsi entendue appartient dans une certaine mesure aux magistrats municipaux eux-mêmes ; mais il n'y a que certains magistrats de Rome et les présidents de provinces qui la possèdent dans toute sa plénitude. J'ajoute qu'une coutume, qui paraît remonter à l'époque royale (Tit.-Liv., I, 41. — Tac., *Ann.*, VI, 11), les autorise à la déléguer, et cette coutume elle-même ne fut qu'un résultat de la nécessité; car les attributions de ces magistrats étaient trop étendues pour qu'il leur fût possible de se passer d'auxiliaires.

3° Le droit de prendre, en dehors de tout litige proprement dit, des mesures de protection ou de coercition, par exemple d'accorder une *bonorum possessio*, une *missio in possessionem* ou une *in integrum restitutio*. — Ce droit s'appelle *imperium mixtum*, parce que le magistrat qui l'exerce fait tout ensemble une déclaration de droit et un acte d'exécution (L. 3, *De jurisd.*, II, 1) (1). L'*imperium mix-*

fication plus restreinte et exclut les pouvoirs relatifs à l'administration de la justice civile.

(1) L'*imperium mixtum* est opposé à l'*imperium merum*. Cette dernière expression comprend ce que l'on appelle *jus gladii* ou *jus animadvertendi*, c'est-à-dire toutes les attributions relatives à la justice criminelle, et je ne crois pas qu'elle comprenne rien de plus (L. 3, *De jurisd.*). L'*imperium mixtum* ne peut jamais être délégué (L. 6 pr., *De off. proc.* — L. 70, *De reg. jur.*, L, 17). En décidant ainsi, on applique, nous dit Papinien, une règle générale d'après laquelle le magistrat ne délègue valablement que les attributions qui lui appartiennent *jure magistratus*, et non celles qu'il tient d'une loi spéciale (*De off. ejus cui*, etc.).

tum n'appartient jamais aux magistrats municipaux (L. 26 pr. et § 1, *Ad munic.*, L, 1). Mais il peut être délégué (L. 4 § 1, *De off. ejus cui*, etc., I, 21) (1).

4° La *legis actio* ou juridiction gracieuse, c'est-à-dire la participation du magistrat à certains actes juridiques qui exigent l'emploi des formes du *sacramentum* : tels sont l'affranchissement *vindicta*, l'adoption, l'*in jure cessio*. — La *legis actio* n'appartient régulièrement qu'aux magistrats investis de la plénitude de la *jurisdictio*, comme les consuls et les préteurs. Mais une loi spéciale peut la conférer aux magistrats municipaux (Paul, II, 25 § 4. — L. 1, C., *De emanc.*, VIII, 49) (2). Du reste elle ne se délègue jamais (L. 2 § 1 ; L. 3, *De off. proc.*, I, 16).

5° Certaines attributions résultant de lois spéciales. — Tel est le droit de composer et de présider le *consilium* qui examine les *justæ causæ manumissionis* (n° 70) ; tel le droit de nommer un tuteur (f° 135) ; tel aussi celui d'autoriser ou la vente de certains biens appartenant à des mineurs de vingt-cinq ans (n° 149), ou une transaction sur des aliments laissés *mortis causa* (L. 8, *De trans.*, II, 15). De telles attributions n'appartiennent qu'aux magistrats à qui la loi les confère expressément, et il ne leur est point permis de les déléguer (L. 1 pr. ; L. 2 pr., § 1, *De off. ejus*, etc.) (3).

733 a. Attachons-nous plus particulièrement à la *jurisdictio* dans le sens étroit.

J'ai dit qu'elle est *ordinaria* ou *extraordinaria*. Et l'on sait déjà que la *jurisdictio extraordinaria*, qui pendant de longs siècles ne s'appliqua qu'en des cas exceptionnels, finit par régner exclusivement. Or ce qui est vrai dans le dernier état du droit paraît l'avoir été aussi au début. Cela résulte du témoignage de Cicéron (*De rep.*, V, 2) et de Denys d'Halicarnasse (IV, 25), qui tous les deux rapportent que les premiers rois de Rome tranchaient eux-mêmes tous les procès (4).

(1) On appelle aussi *imperium mixtum* le droit de contrainte nécessaire pour assurer l'exercice de la *jurisdictio*. Ainsi envisagé, l'*imperium mixtum* appartient à quiconque est investi d'une juridiction ou propre ou déléguée (L. 1 § 1 ; L. 5 § 1, *De off. ejus*, etc. — L. 2, *De jurisd.*).

(2) Ainsi elle fut donnée au *juridicus Alexandriæ* (L. 1, *De off. jur.*, I, 20).

(3) Un texte d'Ulpien (L. 1, *De jurisd.*) prouve bien que ces attributions rentrent dans le sens large du mot *jurisdictio*. Que si ailleurs (L. 6 § 2, *De tut.*, XXVI, 1) on les exclut à la fois de la *jurisdictio* et de l'*imperium*, c'est simplement une façon d'exprimer qu'elles ne sont l'apanage naturel et nécessaire d'aucune magistrature.

(4) Denys ne se contredit-il pas lui-même ? Car ailleurs (II, 9) énumérant les privilèges des patriciens, il y compte celui de juger (δικάζειν) ; il dit aussi (II, 14)

C'est donc une question que de savoir à quelle époque apparut la *jurisdictio ordinaria*, ou, ce qui revient au même, la distinction du *jus* et du *judicium*. Une loi Pinaria, qu'il faut placer ou en l'an de Rome 280 ou en l'an 322 (1), voulait que trente jours après avoir accompli les solennités du *sacramentum*, les plaideurs se représentassent devant le magistrat pour lui demander la nomination d'un juge (Gaius, IV, § 15). Nous sommes donc fondés, en tenant compte du caractère général du *sacramentum*, à dire que dès lors la distinction du *jus* et du *judicium* fut le droit commun. Mais en quoi consistait précisément l'innovation de la loi Pinaria ? Dans le texte précité de Gaius il y a un mot dont on n'a pu déchiffrer que la dernière lettre, et de là le doute. Les uns croient qu'avant cette loi le magistrat jugeait lui-même ; les autres pensent qu'il nommait le juge aussitôt que la procédure du *sacramentum* était close (2). S'il fallait choisir, mes préférences seraient pour cette seconde opinion. Nous lisons, en effet, dans Denys d'Halicarnasse (IV, 25) que l'une des réformes de Servius Tullius consista à séparer les causes publiques des causes privées, qu'il retint pour lui-même la connaissance des premières et voulut que les secondes fussent jugées par des particuliers. Cela paraît bien signifier que Servius Tullius créa la distinction du *jus* et du *judicium* et du même coup en fit la règle générale (3). Au surplus, même en admettant qu'avant la loi Pinaria les contestations engagées dans la forme du *sacramentum* dussent toujours être tranchées par le magistrat lui-même, on ne serait pas pour cela autorisé à croire que la

que Romulus ne connaissait personnellement que des affaires les plus graves et renvoyait les autres aux sénateurs. Mais le second de ces textes qualifiant ἀδικήματα les faits auxquels il se réfère, il me paraît n'avoir trait qu'à la justice criminelle. Quant au premier, nous pouvons ne l'entendre que de la juridiction déléguée, et alors il signifiera que le roi ne déléguait sa juridiction qu'à des patriciens et la déléguait surtout dans des causes de médiocre importance.

(1) En l'année 280 nous trouvons un consul L. Pinarius, et en 322 il y a un L. Pinarius Mamercus parmi les tribuns militaires *consulari potestate*. De là l'incertitude entre les deux dates.

(2) Le texte de Gaius porte : *ante eam legem... m dabatur judex*. Je suis de ceux qui comblent la lacune par le mot *statim* ; d'autres lisent *nondum*.

(3) Ici encore Denys a bien l'air de se contredire. Car, arrivant à la république, il dit (X, 1) que les consuls avaient pour un an toutes les attributions des rois, et entre autres la connaissance de toute espèce de litiges. Mais Denys n'est point jurisconsulte, et sa pensée peut bien être que les consuls connaissaient de toutes les contestations en ce sens que là où ils ne les jugeaient pas eux-mêmes, ils organisaient le *judicium*. Les expressions τοῦ δικαίου διάγνωσις, τὰ δικαία διαιρεῖν se prêtent sans effort à cette interprétation.

distinction du *jus* et du *judicium* soit restée totalement inconnue jusqu'à cette époque. Pour établir une telle proposition, il faudrait prouver que la *judicis postulatio* n'est point antérieure à la loi Pinaria. Quoi qu'il en soit, plusieurs textes démontrent que dans la législation des Douze Tables le juge se distinguait déjà du magistrat, sinon toujours, au moins dans quelques cas (Aul.-Gell., XX, 1, nº 7. — Festus, vis *Reus* et *Vindiciæ*). D'où il faut conclure ou que la loi Pinaria précéda les Douze Tables, donc remonte à l'an 280, ou que la *judicis postulatio* préexistait et à la loi Pinaria et aux Douze Tables elles-mêmes.

La *jurisdictio*, comme on l'a vu tout à l'heure, peut être déléguée. C'est là un droit d'origine coutumière et dont le magistrat use à volonté (L, 1 pr. et § 1, *De off. ejus*, etc.), mais qui lui est principalement utile lorsqu'un obstacle quelconque l'empêche d'agir lui-même ou que des raisons de convenance l'invitent à l'abstention (L. 5, *De off. proc.* — L. 17, *De jurisd.*). Cette délégation est tantôt générale, tantôt spéciale, et en ce dernier cas elle se restreint ou à certains actes ou à certaines personnes (L. 4 pr., *De off. ejus*, etc. — L. L. 16 et 17, *De jurisd.*). Du reste le délégué peut être un simple particulier, comme aussi ce peut être un autre magistrat (L. 3; L. 5 § 1, *De off. ejus*, etc.) (1). Dans tous les cas, ainsi que le fait si bien ressortir l'expression *mandare jurisdictionem*, le délégué ressemble à un mandataire. Notamment ses pouvoirs cessent de plein droit par la mort du délégant (L. 6, *De jurisd.*), et en règle générale celui-ci les révoque à son gré (L. 6 § 1, *De off. proc.*) (2). Cependant cette ressemblance n'est point absolue. Ainsi il n'y a pas d'action réciproque entre le délégant et le délégué, et tandis qu'en général le mandataire peut, à ses risques et périls, faire exécuter son mandat par un tiers (L. 8 § 3, *Mand.*, XVII, 1), un motif impérieux d'ordre public interdit au

(1) Les auteurs classiques nous montrent fréquemment la juridiction déléguée à un magistrat (Cic., *Ep. ad div.*, II, 15. — Tiv.-Liv., XXIV, 44. — Suétone, *J. Cæsar*, 7). Dans les provinces, le *legatus præsidis* était naturellement indiqué pour recevoir une telle délégation. Mais il ne faudrait pas, sur le nom de ce fonctionnaire, s'imaginer qu'il pût représenter le *præses* sans une volonté formelle de celui-ci. Cette volonté était nécessaire (L. 13, *De off. proc.*, 1, 16), et on ne s'en étonnera pas si l'on se rappelle que les gouverneurs de province ne pouvaient que désigner leurs *legati*, mais que la nomination était toujours l'œuvre du sénat ou du prince (Cic., *In Vat.*, 15. — Corn. Nép., *Attic.*, 6).

(2) Ce texte constate que par exception les pouvoirs délégués au *legatus præsidis* ne pouvaient lui être retirés qu'avec l'approbation de l'empereur.

délégué du magistrat de déléguer lui-même ses pouvoirs d'emprunt (L. 5 pr., *De off. ejus*, etc. — L. 3, *De jurisd.*).

II. — DU MAGISTRAT SOUS LES DEUX PREMIERS SYSTÈMES DE PROCÉDURE.

734. Chez les Romains le pouvoir judiciaire ne fut pas le partage spécial et exclusif de certains magistrats. La règle était que tous en fussent investis dans une mesure égale à celle de leurs attributions administratives, c'est-à-dire que dans les matières où ils étaient compétents pour administrer, ils l'étaient aussi pour juger ou organiser un *judicium* (L. 12 § 1, *De jud.*, V, 1. — L. 3, *Quis a quo appell.*, XLIX, 3) (1). Je me contenterai de déterminer ceux qui avaient, relativement aux affaires privées, une juridiction générale ou au moins d'une certaine importance. Il faut distinguer entre Rome, l'Italie et les provinces.

Rome. — A l'origine la juridiction appartint tout entière aux rois (2), et, dans l'intervalle qui pouvait séparer deux règnes, à l'*interrex* (L. 2 § 14, *De orig. jur.*, I, 2) (3). Avec la République elle passa naturellement aux consuls, véritables rois temporaires (L. 2 § 16, *De orig. jur.* — Denys d'Hal., X, 1). Pendant près de trois ans (301 à 303) elle fut, avec l'ensemble des pouvoirs publics, attribuée aux décemvirs. Puis elle revint aux consuls. Mais il y eut une période de quatre-vingts ans environ (de 310 à 388) pendant laquelle les Romains eurent tantôt des consuls, tantôt des tribuns militaires investis du pouvoir consulaire. Or un texte de Pomponius (L. 2 § 6, *De orig. jur.*) me conduit à croire que dans tout le cours de cette période la *jurisdictio* fut séparée des autres attributs du pouvoir suprême, par conséquent n'appartint ni aux consuls ni aux tribuns militaires, mais fut confiée aux pontifes (4), et cela dans une pensée tout aristocra-

(1) *Omnes magistratus judicium habento*, dit Cicéron dans un passage où, sous le prétexte de formuler une constitution idéale, il ne fait guère que reproduire celle de Rome (*De leg.*, III, 3).

(2) Voir les textes déjà cités de Cicéron et de Denys d'Halicarnasse (n° 733).

(3) L'*interrex* qu'on rencontre quelquefois sous la république n'avait aucune juridiction. Il était seulement chargé de convoquer les comices pour l'élection des magistrats, et cela en supposant qu'il n'y eût pas de magistrats compétents à cet effet ou qu'ils fussent absents (Tit.-Liv., IV, 7 ; V, 31. — Cic., *Ep. ad Att.*, IX, 9).

(4) Le texte de Pomponius est ainsi conçu : *Actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur quis quoquo anno præesset privatis*. Cela veut bien

tique : en effet, comme le tribunat consulaire était accessible aux plébéiens, si la *jurisdictio* y eût été comprise, les patriciens auraient à chaque instant risqué de la perdre par l'effet des circonstances qui amenaient si fréquemment la substitution de cette magistrature au consulat (1). Enfin en l'an 388, époque où le consulat fut rétabli pour toujours et où les plébéiens cessèrent d'en être exclus, on créa un magistrat patricien plus particulièrement chargé de la *jurisdictio*, ce fut le préteur urbain (Tit.-Liv., VI, 42. — L. 2 § 27, *De orig. jur.*). Mais cela ne dépouilla pas les consuls ; si, en fait, ils n'usèrent plus guère de leur *jurisdictio*, en droit néanmoins ils la conservèrent (L. 1 § 34, *De orig. jur.* — Aul.-Gell., XII, 13). Et à l'inverse, les préteurs ne furent pas cantonnés dans la *jurisdictio;* qualifiés collègues des consuls (Tit.-Liv., VII, 1. — Aul.-Gell., XIII, 15) (2), ils avaient en principe les mêmes attributions, par exemple le droit de convoquer le sénat ou le peuple (Cic., *De leg.*, III, 4. — Aul.-Gell., XIV, 7) (3). L'année même qui vit le premier préteur urbain vit aussi les premiers édiles curules (Tit.-Liv., VII, 1), magistrats dont la juridiction fut restreinte à certaines matières, telles que les ventes de meubles (4). Plus tard, en l'an 507, un nouveau préteur appelé *prætor peregrinus*, fut chargé de la juridiction tant entre pérégrins qu'entre Romains et pérégrins (Lydus, *De mag. Rom.*, I, 38 et 45. — L. 2 § 28, *De orig. jur.*). En résumé donc, les consuls, les deux préteurs (5), les édiles curules, et peut-être aussi les tribuns de la plèbe (6),

dire que le rit des actions de la loi s'accomplissait devant un membre du collège des pontifes. Or Pomponius nous présente cet état de choses comme postérieur aux Douze Tables et ayant duré un peu moins d'un siècle, ce qui confirme tout à fait ma conjecture.

(1) L'institution du tribunat consulaire ne fut qu'une transaction entre les plébéiens qui demandaient à partager le consulat et les patriciens qui voulaient se le réserver (Tit.-Liv., IV, 6 et 7). Aussi cette magistrature disparut-elle définitivement le jour où le droit des plébéiens triompha (Tite-Liv., IV, 42). Du reste le nombre des tribuns consulaires varia beaucoup (L. 2 § 25, *De orig jur*).

(2) Cette expression est peut-être un peu exagérée. Hiérarchiquement, les préteurs sont au-dessous des consuls (L. 14 pr., *De man.*, XL, 1).

(3) Cette organisation avait une conséquence importante : c'est que les consuls et les préteurs n'avaient pas besoin d'une délégation pour se remplacer les uns les autres en cas d'absence (Cic., *Epist. ad fam.*, X, 12. — Dion Cass., LIII, 2).

(4) La juridiction des édiles est mentionnée dans Plaute (*Menæchm.*, IV, II, v. 25).

(5) Je ne parle que du préteur urbain et du préteur pérégrin, parce que les autres préteurs qui furent institués plus tard eurent tous des fonctions spéciales (L. 2 § 32, *De orig. jur.*).

(6) Cette juridiction des tribuns plébéiens est affirmée par Pomponius (L. 2 § 33, *De orig. jur.*) et par Lydus (*De mag. pop. Rom.*, I, 38 et 44). Mais d'après

tels sont, dans le dernier état de la République romaine, les magistrats auxquels appartient la *jurisdictio* (1). Sous l'Empire il faut ajouter à cette liste l'empereur (L. 18 § 4, *De min.*, IV, 4), le préfet de la ville et le préfet du prétoire (L. 2 § 33, *De orig. jur.* — L. 12 § 1, *De jud.*, V, 1. — L. 1 pr., *Quis a quo app.*, XLIX, 3).

A. *Italie.* — Ici nous devons faire une distinction : dans les municipes et dans les colonies, la juridiction appartient à des magistrats élus sur les lieux mêmes par leurs concitoyens et qui portent presque toujours le nom de *duumviri* ou *quatuorviri juri dicundo ;* dans les préfectures, elle appartient aux préfets envoyés de Rome même (T. I, page 262, note 2). Plus tard l'empereur Adrien partagea l'Italie en quatre districts gouvernés par quatre *consulares* (Spartien, *Adr.*, 22) (2). Sous Marc-Aurèle ces fonctionnaires prirent le nom de *juridici* (Jul. Cap., *Marc. Aur.*, 11), et il paraît que dans la suite on les appela *correctores* (Vopisc., *Aurel.*, 39. — Treb. Poll., *trig. tyr.*, 24). Mais leur juridiction fut peut-être restreinte aux personnes qui ne faisaient partie ni d'un municipe ni d'une colonie.

A. *Provinces.* — Ici comme à Rome, et d'une manière plus frappante encore, la juridiction et l'administration sont confondues. Un même fonctionnaire les possède l'une et l'autre. A l'origine, pour donner des gouverneurs aux provinces, on augmenta le nombre des préteurs (L. 2 § 32, *De orig. jur.*). Puis, les provinces se multipliant, quelques-unes furent confiées à d'anciens consuls ou préteurs qui prirent les noms de proconsuls ou propréteurs (Tit.-Liv., XXIV, 10; XXIX, 13 ; XXX, 27). Plus tard, Auguste ayant partagé les provinces en deux classes, l'ancien système fut à peu près conservé dans celles du peuple : ce fut toujours le sénat qui en nomma les gouverneurs, seulement il ne put les choisir que parmi les consuls ou préteurs sortis de charge depuis cinq ans au moins, et ces magistrats, quelle qu'eût été leur dignité antérieure, portèrent invariablement le nom de

ce dernier auteur elle ne s'appliquait qu'entre plébéiens. On peut consulter aussi un texte de Denys d'Halicarnasse (VI, 90), d'où il résulte que les édiles plébéiens rendaient parfois la justice en vertu d'une délégation des tribuns.

(1) Je ne parle que des magistratures ordinaires. Mais il va de soi que la dictature, magistrature tout à fait accidentelle, mais absolue et qui faisait cesser les autres, comprenait la *jurisdictio*.

(2) D'après Appien (*De bell. civ.*, I, 38) cette division aurait déjà existé avant les guerres civiles, et Adrien n'aurait fait que la rétablir. Mais rien ne confirme ce témoignage.

proconsuls (Suet., *Oct. Aug.*, 36.). Quant aux provinces impériales, c'est l'empereur lui-même qui en fut le proconsul, mais dans chacune il nommait un *legatus* qui pouvait être choisi en dehors des anciens consuls ou préteurs, et auquel s'appliquèrent particulièrement les qualifications de *corrector* et de *præses* (L. 20, *De off. præs.*, I, 18. – L. 12 pr., *De accus.*, XLVIII, 2). Du reste le nom de *præses provinciæ* ne tarda pas à devenir général et à comprendre le proconsul aussi bien que le *legatus Cæsaris* (L. 1, *De off. præs.*) (1). J'ajoute que dans les provinces du peuple il y avait un questeur investi de la juridiction des édiles curules (Gaius, I, § 6), et dans les provinces impériales un *procurator Cæsaris* compétent pour les seules affaires où le fisc était intéressé (L. L. 1 à 3, *De off. proc. Cæs.*, I, 19. — L. 23 § 1, *De app.*, XLIX, 1) (2). Il faut noter aussi qu'en province, comme en Italie, les municipes et les colonies ont leurs magistrats investis d'une juridiction propre et indépendante (*Lex Salp. et lex Mal.*, *passim*).

735. Les magistrats connus, voyons les règles qui déterminent leur compétence. Un premier point certain, c'est que leur juridiction est territoriale, c'est-à-dire ne s'exerce valablement que dans les limites du territoire placé sous leur autorité (3). Hors de là ils sont de simples particuliers. Il n'y a que la juridiction de l'empereur et celle du préfet du prétoire qui s'étendent à tout l'empire (L. 1, *De off. proc.*, I, 16. — L. 3, *De off. præs.*, I, 18. — L. 20, *De jurisd.*, II, 1). Il est également certain que la compétence des magistrats supérieurs est indépendante de la valeur du litige, tandis que celle des magistrats locaux cesse lorsque la demande dépasse une certaine somme (L. 11 pr. et § 1; L. 19 § 1 ; L. 20, *De jurisd.* — Paul, V, 5 § 1). Du reste cette somme n'est pas précisée par les textes, et il est vraisemblable qu'elle variait selon les localités. Ces réserves faites, le magistrat sera-t-il compétent quelles que soient

(1) Le Digeste traite séparément de l'office du proconsul (I, 16) et de celui du *præses* (I, 18), ce qui ne peut s'expliquer que par la distinction originairement établie entre les deux expressions. Du reste Gaius (II, § 24) oppose le *præses* aux magistrats du peuple romain, et cela prouve qu'il prend encore ce mot dans le sens étroit. La même antithèse apparaît dans un texte d'Ulpien (L. 3 § 1, *Quod met. caus.*, IV, 2).

(2) Sauf les attributions conférées à ces deux magistrats, les gouverneurs de provinces cumulaient en leur personne celles de tous les magistrats de Rome (L. 12, *De off. præs.*, I, 18).

(3) Je ne parle ici que de la juridiction contentieuse (n° 54 *in fine*).

les personnes qui doivent figurer dans le procès? La réponse à cette question est écrite dans une maxime dont le droit moderne a conservé la formule en en modifiant le sens. Les Romains disaient :*actor sequitur forum rei* (*Fr. Vat.*, §§ 325 et 326). Or ici le mot *forum* désigne tout ensemble le domicile, la patrie ou *origo*, c'est-à-dire la cité dont on est membre (1), et de plus, s'il s'agit d'un citoyen romain, la ville de Rome qu'on considère comme la patrie commune de tous les citoyens. La règle signifie donc que le défendeur peut toujours être poursuivi devant le magistrat de son domicile, qu'il peut l'être aussi devant le magistrat de sa patrie lorsqu'elle ne se confond pas avec son domicile, et enfin que, s'il est citoyen romain, il peut en outre être poursuivi à Rome, bien que son domicile et son *origo* soient ailleurs (LL. 29 et 33, *Ad munic.*, L, 1) (2).

A. Pendant toute la durée des deux premiers systèmes de procédure, la règle *actor sequitur forum rei* fut absolue en ce sens qu'elle s'appliqua aussi bien aux actions réelles qu'aux actions personnelles. Mais sans parler des exceptions spéciales qu'elle comporte, les textes classiques nous la montrent tempérée par trois autres règles : 1° les parties peuvent d'un commun accord et en connaissance de cause, se soumettre à la juridiction d'un magistrat naturellement incompétent (3), et cela suffit pour les obliger à respecter ses décisions (LL 15 et 18, *De jurisd.* — LL. 1 et 2 pr., *De judic.*, V, 1. — LL. 1 et 3, C., *De jurisd. omn. jud.*, III, 13) (4); 2° au *forum rei* l'on assimile ce que les interprètes appellent *forum contractus*, c'est-à-dire qu'en matière personnelle le défendeur est réputé s'être soumis d'avance à la juri-

(1) Voir plus haut la définition du domicile et de l'*origo* (T. I, page 109, note 2).

(2) Je dois signaler ici un privilége connu sous le nom de *jus revocandi domum*. C'est le droit qui appartient à certaines personnes de décliner toute poursuite à Rome, lorsqu'elles n'y ont pas leur domicile. Tel est notamment le cas des *legati*, c'est-à-dire de ceux que leurs concitoyens ont envoyés à Rome pour y remplir une mission d'intérêt public. Ils ne sont forcés de s'y laisser poursuivre que pour les obligations qu'ils y ont contractées dans le cours de leur mission. A ces *legati* on ajoutera les personnes qui ont été appelées à Rome comme témoins ou comme juges. Au surplus, quiconque use du *jus revocandi domum* doit s'engager à comparaître devant le magistrat de son domicile à un jour fixé par le Préteur (L. 2 §§ 3 à 6, *De jud.*, V, 1.)

(3) C'est ce que les interprètes ont appelé prorogation de juridiction.

(4) Mais le magistrat lui-même est-il obligé de connaître de l'affaire? c'est une question douteuse. On a appuyé l'affirmative sur un texte qui me paraît étranger à la question (L. 2 § 1, *De jud.*, V, 1).

diction du magistrat du lieu où il a contracté (1), et plus généralement du lieu où il s'est obligé, par exemple où il a commis un délit. Mais cette compétence n'exclut pas celle du magistrat du domicile (L. 19 §§ 1, 2 et 4. — L. 20, *De judic.*); 3° le magistrat devant lequel une demande est portée peut être régulièrement saisi de toute espèce de demandes reconventionnelles (*mutuæ petitiones*), même de celles qui, intentées d'une manière principale, échapperaient à sa compétence (L. 11 § 1, *De jurisd.* — L. 22, *De judic.*) (2).

III. — DES JUGES SOUS LES DEUX PREMIERS SYSTÈMES DE PROCÉDURE.

736. Il faut distinguer ici des tribunaux permanents et des juges nommés pour une affaire déterminée. Comme la procédure formulaire ne s'appliqua jamais qu'aux affaires portées devant cette seconde espèce de juges, on peut affirmer que sous son règne la compétence des tribunaux permanents fut exceptionnelle. Mais il faut aller plus loin : elle le fut dès l'origine, j'entends que du jour où la distinction du *jus* et du *judicium* devint le droit commun, ce dut être aussi une règle générale que chaque affaire serait portée devant un ou plusieurs particuliers désignés dans le but spécial et exclusif de la juger. Pourquoi pensé-je ainsi? parce que des juges permanents sont des juges imposés. Or Cicéron (*pro Cluentio*, 43) nous apprend que d'après une règle fort ancienne les parties choisissent leur juge, et si je ne me trompe, ce fut précisément pour assurer l'application de cette règle qu'on distingua le *jus* du *judicium*, distinction d'ailleurs toute préparée par l'habitude où étaient les magistrats de déléguer leur droit de juger. On n'eut qu'à généraliser le fait et à l'ériger en règle.

Les tribunaux permanents sont le collége des pontifes, celui des décemvirs et celui des centumvirs.

A. Des pontifes je ne dirai qu'un mot : c'est qu'en matière de droit privé leur compétence paraît avoir été restreinte aux affaires

(1) Lorsqu'en contractant les parties fixent le lieu où l'obligation doit être exécutée, c'est ce lieu qui détermine la compétence (L. 21, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

(2) En ce cas les deux demandes sont renvoyées devant le même juge. Mais c'est une question que de savoir si le magistrat délivre deux formules distinctes. La négative s'appuie sur un passage de Senèque (*De benef.*, VI, 5), l'affirmative est autorisée par une loi du Digeste (L. 1 § 4, *Quæ sent. sine appell.*, XLIX, 8).

dans lesquelles un intérêt religieux se trouvait directement engagé (Denys, II, 73. — Festus, v° *Maximus Pontifex*) (1). Ainsi c'est devant eux que Cicéron prononça son fameux plaidoyer *pro domo sua*, parce que dans l'espèce, sa maison ayant été consacrée à la déesse Liberté, il s'agissait avant tout de statuer sur la légalité de cette consécration (Cic., *Ep. ad Att.*, IV, 2).

A. Les décemvirs sont mentionnés dans un assez grand nombre de textes pour que leur existence ne puisse pas être mise en doute. Mais à quelle époque furent-ils institués? Nous l'ignorons (2). Quelle était la nature et l'étendue de leur compétence? Nous ne le savons guère mieux. Toutefois Cicéron nous les montre jugeant des procès relatifs à la liberté et au droit de cité (Cic., *Pro domo*, 29; *Pro Cec.*, 33), et peut-être que toutes les questions d'état pouvaient être portées devant eux. Les mêmes textes prouvent que la procédure du *sacramentum* s'appliquait aux affaires de leur compétence. Un passage de Suétone (*Oct. Aug.*, 36) nous autorise à croire qu'à partir du règne d'Auguste ils cessèrent d'exister comme tribunal distinct.

A. Sur les centumvirs les textes sont un peu plus abondants, mais ils ne nous renseignent encore que d'une manière fort incomplète et souvent obscure. Nous savons par la *lex Servilia repetundarum* (cap. 6, 7, 8) qu'ils étaient élus pour un an. Festus (v° *Centumviralia*) nous apprend qu'ils furent d'abord au nombre de 105, chacune des 35 tribus en fournissant trois; et quoique le mode de leur nomination nous soit inconnu, ce détail nous suffit pour affirmer qu'ils

(1) Quelques auteurs ont prétendu que depuis la promulgation des Douze Tables jusqu'à la création du Préteur urbain, les pontifes auraient constitué un tribunal de droit commun. Mais cette opinion ne s'appuie que sur un texte de Pomponius dont je crois avoir donné le véritable sens (L. 2 § 6, *De or. jur.*, I, 2. — n° 734), et je ne m'y arrêterai pas davantage.

(2) D'après Pomponius (L. 2 § 29, *De or. jur.*), cette institution serait postérieure à la création du *prætor peregrinus*. Cependant Tite-Live (III, 55) rapporte qu'en l'an 305 de Rome une loi Horatia décida *ut qui tribunis plebis, ædilibus, judicibus decemviris nocuisset, ejus caput Jovi sacrum esset*. Sur quoi plusieurs auteurs ont conjecturé que ces *judices decemviri* pourraient bien n'être autre chose que les juges établis par Servius Tullius pour les affaires privées (n° 733). Mais il paraît que le mot *decemviris* ne figure pas dans les plus anciens manuscrits, et appartînt-il réellement à Tite-Live, on n'en pourrait conclure qu'une seule chose : c'est que Pomponius se trompe et que les décemvirs existaient déjà en l'an 305. Je vais plus loin; cette loi Horatia, comme la loi du même nom qui donnait force obligatoire aux plébiscites (n° 14), fut conçue dans un intérêt populaire. Si donc elle protégeait les décemvirs, c'est que probablement ce tribunal était ou pouvait être composé de plébéiens; or il n'est guère douteux qu'à l'époque de Servius Tullius les patriciens seuls jugeaient.

pouvaient être pris parmi les plébéiens, même à l'époque où la fonction de juger constituait en règle générale un attribut du patriciat. Sous l'Empire le tribunal des centumvirs compta 180 membres (Pline le Jeune, *Epist.*, VI, 33). Mais dans quelle classe de personnes et par quelle autorité étaient-ils choisis? Nous ne le savons pas. A la même époque il se divisait en quatre chambres (*quatuor hastæ*, *consilia*, *tribunalia*) qui délibéraient sous la présidence d'un Préteur (1), et dans l'enceinte où elles siégeaient (la basilique Julia) on plantait une lance ou *hasta* (Pline, *Ep.*, V, 21 ; VI, 33. — Gaius, IV, § 16). Mais rien ne prouve que ce fussent là des innovations (2). Un autre point certain, c'est qu'à toute époque les affaires portées devant les centumvirs durent s'engager dans la forme du *sacramentum* (Gaius, IV, § 31). Quant à la compétence de ce tribunal, il paraît qu'au temps de Cicéron (*De orat.*, I, 38) elle comprenait les questions de propriété au moins en matière immobilière, celles de succession, peut-être même celles d'état. Mais cette compétence n'était pas dans tous les cas exclusive, peut-être même ne l'était-elle jamais. Ainsi d'après ce même Cicéron (2 *act. in Verr.*, I, 45), celui qui intentait une

(1) Il est bien probable qu'en principe une même affaire n'était soumise qu'à une seule chambre. Cependant lorsqu'une même personne en poursuivait plusieurs ou était poursuivie par plusieurs *ex eadem causa*, les diverses actions étaient vraisemblablement portées devant des chambres distinctes. Par là s'expliquent nombre de textes où nous voyons les quatre chambres ou deux d'entre elles saisies d'une affaire qui paraît la même. Il y a alors *quadruplex* ou *duplex judicium*. L'usage, en pareil cas, est que les débats et les plaidoieries aient lieu en présence de toutes les chambres saisies (Quint., *Inst. or.*, XII, cap. 5). Mais cette réunion n'est point obligatoire (Quint., *Inst. or.*, V, cap. 2, 1 ; XI, cap. 1, 78). Et dans tous les cas, les diverses chambres rendent valablement des décisions contraires sans que l'autorité de la chose jugée en souffre, car l'une des demandes peut être fondée sans que les autres le soient (Pline le Jeune, *Ep.*, VI, 33).

(2) Que la distinction des quatre chambres existât déjà sous la république, cela résulte du rapprochement de deux textes appartenant l'un à Cicéron (*De orat.*, I, 38 et 57), et l'autre à Valère Maxime (VII, cap. 7, 2). Mais un passage déjà cité de Suétone (*Oct. Aug.*, 36) nous apprend qu'Auguste confia aux *decemviri* une fonction qui appartenait jadis à des *viri quæstorii* et qui consistait à *cogere centumviralem hastam*. Dion Cassius (LIV, 26) nous présente aussi les *decemviri* comme exerçant une certaine direction sur les centumvirs. De ces textes on a conclu que la présidence de ce tribunal appartint sous la république à d'anciens questeurs et dans les premiers temps de l'empire aux décemvirs. Mais cette conclusion me paraît forcée. Le rôle des décemvirs, comme jadis celui des *viri quæstorii*, consistait plutôt à convoquer les centumvirs, à recueillir les voix, etc., en un mot il se bornait à une direction matérielle. Il n'avait donc rien d'incompatible avec la présidence du magistrat, et c'est ce que démontre un passage de Pline le Jeune (*Ep.*, V, 21).

pétition d'hérédité pouvait à son choix agir devant les centumvirs ou demander une formule. Ainsi encore quant il s'agissait d'une question d'état, le demandeur devait être admis à opter entre les centumvirs et les décemvirs, puisque les uns et les autres étaient compétents; et un passage de Cicéron (*Div. in Cec.*, 17) prouve que l'affaire pouvait aussi être portée devant des récupérateurs. Sous l'empire, cet état de choses nous apparaît profondément modifié. D'abord il est certain que les questions d'état ne donnent plus lieu qu'à la délivrance d'une *formula præjudicialis* et échappent ainsi aux centumvirs (1). Il est probable, mais non plus absolument certain, que les questions de propriété leur échappent aussi (2). Que leur reste-t-il donc ? les questions d'hérédité seulement (3). Telle est bien l'idée que paraît exprimer Justinien (L. 12 pr., C., *De. pet. her.*, III, 31); et saint Jérôme (*Ep. ad. Domn.*, 50,2) est encore plus formel, quand il identifie les *causæ hereditariæ* et les *causæ centumvirales*. Du reste, entre les questions d'hérédité elles-mêmes, il y a une distinction à faire. S'agit-il d'une *querela inofficiosi testamenti*: le tribunal centumviral est seul compétent (Pline le Jeune, *Ep.*, V, 1). S'agit-il de toute autre question : les parties conservent l'option qu'elles avaient autrefois (Gaius, IV, §§ 91 et 95) (4).

A. Restent deux questions fort obscures. D'abord à quelle époque les centumvirs furent-ils institués ? Dans l'opinion qui me semble la plus plausible, ce ne put être qu'après l'année 513 de Rome, c'est-à-dire après que le nombre des tribus eut été porté à 35 (5), et ce dut

(1) J'excepte les cas où une question d'hérédité portée devant les centumvirs suppose la solution préalable d'une question d'état (Paul, V, 16 § 2).

(2) A cet égard c'est Gaius lui-même qui autorise le doute; car il parle, sans préciser, de la compétence des centumvirs dans les actions réelles (IV, §§ 91 et 95).

(3) De tout temps du reste ce fut là le principal objet des *judicia centumviralia*. Cela résulte de la grande majorité, peut-être même de la totalité des hypothèses que nous rencontrons dans les auteurs.

(4) En résumé, l'importance des centumvirs avait-elle augmenté ou diminué sous l'empire ? c'est un point qui n'est pas bien clair. D'après Pline le Jeune (*Ep.*, II, 14), ils ne jugeaient plus guère que des causes chétives (*parvæ et exiles*), plaidées par de jeunes débutants. Au contraire, d'après Tacite (*De orat.*, 38), ce tribunal avait alors beaucoup plus de lustre que sous la république, et les grands avocats s'y faisaient plus volontiers entendre. Une anecdote rapportée par Suétone (*Vesp.*, 10) prouve qu'à l'époque de Vespasien il était surchargé d'affaires.

(5) Bien des auteurs admettent une date plus reculée, les uns attribuant l'institution des centumvirs à Servius Tullius, d'autres à la loi des Douze Tables, et tous prétendant qu'ils sont désignés par le mot *judicibus* dans le texte précité de la loi Horatia (page 817, note 2). Mais le caractère plébéien de ce tribunal ne permet guère de le croire aussi ancien, et le texte de Festus le permet moins encore.

être avant la loi Æbutia, sinon l'on comprendrait difficilement que la procédure du *sacramentum*, déjà abrogée, eût été ressuscitée pour les *causæ centumvirales*. En second lieu, quand disparurent les centumvirs? Le texte précité de saint Jérôme ne prouve pas qu'ils existassent encore de son temps, et j'ai peine à croire qu'ils aient survécu à l'établissement de la procédure extraordinaire comme système général.

737. Passons aux juges nommés pour une affaire déterminée. Deux principes dominent la matière. Le premier, c'est que la nomination ou institution du juge (*judicis addictio* ou *datio*) appartient au magistrat; aussi fait-elle l'objet d'une disposition impérative placée en tête de la formule. Le second, c'est que le juge doit être choisi ou agréé par les parties (Cic., *pro Cluent.*, 43) (1). Mais quelle est la portée de ce dernier principe, et resta-t-il intact pendant toute la durée du système formulaire? Ce sont des questions sur lesquelles je reviendrai.

On distingue le *judex* proprement dit, l'*arbiter* et les *recuperatores*. Je dis le *judex* et l'*arbiter*, parce que dans une même affaire il n'y a jamais qu'un seul juge ou un seul arbitre (2); je dis les *recuperatores*, parce qu'ici au contraire la pluralité constitue la règle absolue; d'ordinaire les *recuperatores* sont au nombre de trois, quelquefois il y en a cinq (Tit. Liv., XXVI, 48; XLIII, 2).

Entre le juge proprement dit et l'arbitre, il n'y a, selon moi, aucune différence essentielle; il n'y a qu'une différence de fait consistant en ce que les pouvoirs de l'arbitre sont plus étendus (Festus, v° *arbitri*). Ainsi la demande a-t-elle pour objet précis le payement d'une somme d'argent déterminée : comme elle doit être ou absolument admise ou absolument rejetée, on emploiera le mot *judex* (Cic., *pro Rosc. com.*, 4). Au contraire, dérive-t-elle d'un contrat qui puisse obliger les deux parties; comme les conclusions du demandeur, une fois vérifiées, peuvent être annihilées ou réduites par les prétentions réciproques du défendeur, le juge s'appellera *arbiter* (Cic., *pro Rosc.*

(1) Plusieurs textes du Digeste font allusion à ce principe (L. 47, *De jud.*, V, 1. — L. 3 pr., *Jud. solv.*, XLVI, 7).

(2) A l'époque des Douze Tables il y avait quelquefois plusieurs *arbitri* (Festus, v° *Vindiciæ*. — Cic., *De leg.*, I, 21). Du reste dans les affaires importantes les juges et arbitres s'entourent d'un *consilium*. De là l'expression *judices* employée par les avocats même plaidant devant un juge unique (Cic., *pro Quintio*, 1, 2, 6, 10, 30. — Val. Max., VIII, cap. 2, 2.)

Am., 39), et c'est aussi le nom qu'on lui donne dans les actions réelles, parce que là, une fois l'exactitude de la demande établie, il lui reste à estimer et à fixer les restitutions dues par le défendeur. Hormis ces cas, c'est-à-dire dans toutes les actions personnelles où le montant de la condamnation dépendait de l'appréciation du juge, il est probable que le langage n'était pas bien fixé ; et l'on s'explique ainsi que Cicéron (*pro Mur.*, 12) raille les jurisconsultes pour avoir inutilement dépensé leur esprit à rechercher dans quels cas il fallait dire *judex*, et dans quels cas *arbiter ;* raillerie tout à fait inintelligible si les deux mots eussent correspondu à deux institutions vraiment distinctes. Cette manière de voir est d'ailleurs confirmée par toutes les formules à nous connues ; toutes, en effet, désignent le juge unique sous le nom de *judex*, et cela même dans les hypothèses où il s'agit le plus visiblement d'un arbitre (Gaius, IV, § 47. — Cic., 2e *act. in Verr.*, II, 12). J'ajoute que si la distinction radicale que je conteste eût vraiment existé, on ne s'expliquerait pas l'expression *judicis arbitrium* employée non-seulement par Justinien (§ 31, *De act.*), mais par Gaius dont le langage est toujours si exact (IV, § 163). On ne s'expliquerait pas non plus que Gaius (IV, §§ 105 et 109) opposât aux *judicia recuperatoria* tous ceux *quæ sub uno judice accipiuntur.*

Quant aux *recuperatores*, leur origine se rattache aux différends qui pouvaient surgir entre citoyens romains et membres d'une nation étrangère. Des traités stipulaient que les causes de ce genre seraient jugées par des commissaires spéciaux, que les Romains appelèrent *recuperatores* (Festus, v° *Reciperatio*) (1). Dès l'époque de Plaute (*Bacchid.*, II, 3, v. 36), cette institution avait passé du droit international dans le droit privé de Rome, où sans doute elle fonctionna d'abord entre citoyens et pérégrins (Tit. Liv., XLIII, 2) ; mais elle ne tarda pas, le plaidoyer *Pro Cecina* en fait foi, à être admise entre parties toutes romaines, de même qu'à l'inverse l'*unus judex* fut admis aussi entre pérégrins ou entre Romains et pérégrins (Gaius, IV, § 105). Ce serait une question intéressante que de savoir s'il y avait des causes, et quelles elles étaient, qui dussent être nécessairement portées devant des *recuperatores* et non devant un juge

(1) Il paraît que ces commissaires jugeaient dans le pays du défendeur (Denys d'Hal., VI, 95). Sans doute chaque partie en choisissait un ou deux dans sa propre nation, puis il devait y avoir un tiers arbitre nommé d'après des règles que nous ignorons. Ceci admis, on comprend très bien pourquoi, même à l'époque classique, les récupérateurs sont toujours plusieurs et en nombre impair.

unique. Mais à cet égard les textes ne nous donnent guère de lumière. On peut conjecturer que sous l'empire les *recuperatores* connaissaient exclusivement des questions d'état (Suet., *Vesp.*, 3, — LL. 36 et 38, *De re jud.*, XLII, 1). Mais nous avons la certitude qu'en plusieurs cas, notamment en matière d'injures et d'interdits, leur compétence n'était que facultative pour les parties (Gaius, III, § 224; IV, § 141. — Cic., *De inv.*, II, 21. — Aul.-Gell., XX, 1, n° 13). Du reste, on a conjecturé d'après quelques indications peu précises, que la marche des affaires était plus rapide devant les récupérateurs que devant les juges ordinaires (Gaius, IV, § 145. — Cic., *Pro Tullio*, 10).

738. Il faut voir maintenant dans quelle classe de personnes on prenait les juges. Plaçons-nous d'abord à Rome et restreignons l'examen de la question aux *judices* proprement dits. Juger fut longtemps un privilége des sénateurs (Polybe, VI, 17. — Plaut., *Rudens*, III, 4, v. 7 et 8), mais on ignore jusqu'à quelle époque ils le conservèrent (1). Cicéron nous montre le juge pris tant parmi les chevaliers que parmi les sénateurs (*Pro Rosc. com.*, 14; *De off.*, III, 19), et je suis fort porté à croire qu'un partage entre les deux ordres fut admis par la loi Aurélia rendue en l'an de Rome 684 (Vell. Pat., II, 32) (2). Quelques lignes de Suétone (*Oct. Aug.*, 32) nous apprennent qu'au commencement du règne d'Auguste, l'album ou tableau des juges comprenait trois décuries et que ce prince en créa une quatrième. Cette dernière se composa de *ducenarii*, c'est-à-dire de personnes ayant au moins 200 000 sesterces, et elle ne dut fournir le juge que dans les affaires de minime importance. En combinant avec ces données certaines quelques indications tirées de Cicéron (Phil., I, 8) et de Sénèque (*De benef.*, III, 7), on arrive aux résultats suivants: l'inscription dans une décurie quelconque supposait toujours un certain rang social et une certaine fortune (*dignitas et fortuna*); à ce double point de vue les membres de la première primaient ceux de la seconde, et ainsi de suite; et par voie de conséquence la compétence des diverses décuries était graduée d'aprés l'importance des affaires.

(1) C'est chose fort connue que sous le tribunat de Caius Gracchus la justice criminelle fut transportée des sénateurs aux chevaliers, et que depuis lors ces deux ordres se la disputèrent pendant près d'un demi-siècle, les passions politiques l'attribuant tantôt à l'un, tantôt à l'autre. La question est de savoir si la justice civile éprouva les mêmes vicissitudes. Or, à cet égard, les témoignages anciens manquent de précision, et les interprètes ne s'accordent pas.

(2) Cette loi s'appliquait certainement à la justice criminelle. Mais on ne peut affirmer qu'elle s'appliquât aussi à la justice civile.

J'ajoute que très probablement la première décurie se recrutait parmi les sénateurs, la seconde et la troisième parmi les chevaliers. Quant à la quatrième, les personnes qui y figuraient n'ayant pas le cens équestre, c'est-à-dire 400 000 sesterces (Pline le jeune, Epist., I, 19), il nous est difficile de rien conjecturer avec vraisemblance. Une cinquième décurie, dont la composition ne nous est pas non plus connue, fut créée par Caligula (Suét., *Cal.*, 16). Au surplus c'est le Préteur qui dressait les listes de juges (1), et ceux qu'il y inscrivait s'appelaient *selecti judices* (Aul.-Gell., XIV, 2).

J'ai déjà signalé (n° 737) le principe ancien qui laisse aux parties le choix de leur juge (2). Elles peuvent donc s'accorder pour le prendre en dehors des listes officielles, et pourvu qu'elles ne désignent point un incapable (3), le magistrat est tenu de sanctionner leur volonté (L. 80, *De jud.*, V, 1. — L. 23 pr., *De appell.*, XLIX, 1. — Quint., *Inst. or.*, V, 6). Mais alors à quoi servent ces listes? A mon sens, elles ont une double utilité : 1° elles déterminent les personnes qui ne peuvent décliner les fonctions de juge qu'en justifiant d'une excuse légale (4). En effet, c'est seulement aux *selecti judices* que j'applique les textes qui voient là une charge publique, une de ces charges personnelles de même nature que la tutelle (L. 78, *de jud.* — L. 18 § 4, *De mun.*, L, 4. — L. 13 § 2, *De vac.*, L, 5); 2° tandis que le défendeur peut refuser tous les juges qui lui sont proposés en dehors des listes officielles, cette faculté ne saurait lui être accordée sans limites à l'égard des *selecti judices*. Voici donc comment il semble que les choses se passent. Régulièrement, et en écartant l'hypothèse d'un accord préalable entre les parties, le demandeur propose l'un des *selecti judices* (*fert judicem*. — Cic., *Pro Rosc. com.*, 15). Si la proposition est acceptée, l'action s'engage. Mais le

(1) Il paraît que le Préteur jurait préalablement de ne faire porter son choix que sur des hommes irréprochables (Cic., *pro Cluentio*, 43). Aussi les *selecti judices* étaient-ils volontiers cités comme modèles (Horace, *Sat.*, I, 4 v. 123). Un serment était également exigé des juges dans chaque affaire (Cic., *De off.*, III, 10).

(2) Cette règle nous explique les expressions *capere* ou *sumere judicem* qui reviennent si souvent dans les textes (Gaius, IV, § 18. — L. 17, *De jud.*, V, 1).

(3) D'après Paul (L. 12 § 2, *De jud.*, V, 1), l'incapacité d'être juge dérive de trois causes générales : *natura*, *mores*, *lex*. Ainsi sont incapables *natura* les sourds, les muets, les fous qui n'ont pas d'intervalles lucides et les impubères; *moribus*, les femmes et les esclaves; *lege*, les personnes exclues du sénat.

(4) Ces excuses, sur lesquelles il serait inutile d'insister, présentent certainement beaucoup d'analogie avec celle que l'on admet en faveur du tuteur (Voir des exemples : *Fr. Vat.*, §§ 194, 197. — L. 6 § 8, *De excus.*, XXVII, 1. — Tacit., *De orat.*, 9).

défendeur peut jurer que la personne désignée ne lui inspire aucune confiance, et alors sans autre motif il la récuse (*ejerat judicem*. — Cic., *In Verr.*, 2a *act.*, III, 60; *Phil.*, XII, 7; *De orat.*, II, 70; *De fin.*, III, 35). Dans ce cas le demandeur passe à une autre proposition qui peut être pareillement repoussée. Que si par une série de refus systématiques le défendeur cherche à éluder la poursuite, les principes commandent qu'on l'assimile à celui qui refuse de répondre à l'*in jus vocatio* et qu'on le tienne pour *indefensus* (nº 755). Du reste quelques textes ont fait penser qu'en l'absence de proposition faite par le demandeur le juge pouvait être tiré au sort, et alors le droit de récusation devait appartenir aux deux parties (Pline l'ancien, *Hist. nat.*, *præf.*, 7. — Pline le Jeune, *Paneg.*, 36). Sans doute aussi dans la même hypothèse le magistrat avait le droit de le proposer lui-même; et peut-être que sur la fin de l'époque formulaire il put dans tous les cas imposer son choix, sauf les récusations que les parties devaient être admises à présenter pour causes désormais déterminées. Le principe de l'élection du juge par les intéressés ayant ainsi disparu, le maintien de la procédure formulaire n'offrait plus grand intérêt.

A. C'est une question que de savoir si l'*arbiter* et les récupérateurs doivent, à défaut de convention entre les plaideurs, être pris sur la liste des *selecti judices*. Quant à l'*arbiter*, l'affirmative n'est pas douteuse à mes yeux : les arguments par lesquels j'ai établi que sa mission ne diffère pas essentiellement de celle du *judex* prouvent aussi que l'un et l'autre ont même origine (1). Quant aux *recuperatores*, on

(1) Dans l'opinion contraire on s'est prévalu d'un passage de Senèque (*De ben.*, III, 7) où il n'est visiblement question que d'arbitres *ex compromisso*. Qu'il me soit permis à cette occasion de donner une idée sommaire du compromis et de l'arbitrage tels que nous les trouvons dans le droit classique. Il faut supposer que les deux parties ont l'intention de vider leur procès sans s'assujettir aux formes de la procédure. Pour cela, d'un commun accord elles désignent un ou plusieurs arbitres (*recepti arbitri*); puis elles se promettent réciproquement une peine en vue du cas où elles contreviendraient à la décision par lui rendue. Ce sont ces deux promesses qu'on appelle compromis. Jusque-là l'arbitrage n'était obligatoire pour personne; désormais il le devient non-seulement pour les parties, mais pour l'arbitre lui-même s'il a accepté la mission dont elles le chargent. Le Préteur intervient donc au besoin pour le contraindre à statuer (L. 3 § 1; L. 11 §§ 1, 2 et 4; L. 15, *De rec.*, IV, 8). L'arbitre ainsi désigné a des pouvoirs beaucoup plus étendus que les juges établis par la loi ou nommés par le magistrat : car il n'est point tenu de se conformer aux règles du droit, et sa sentence vaut toujours pourvu qu'elle n'ait point été rendue par dol et qu'elle ne dépasse pas les termes du compromis (Sen., *loc. cit.* — L. 32 § 15, *De rec.* — L. 3, C., *De rec.*, II, 56). Du reste, cette sentence elle-même ne présente pas de tous points les caractères d'un jugement (L. 13 § 5, *De his qui not.*, III, 2) : d'une part, elle a beaucoup plus de force, car elle ne peut être

admet généralement, sur l'autorité assez faible de textes fort vagues, qu'ils peuvent être pris en dehors des listes officielles (Pline, *Epist.*, III, 20. — Tit.-Liv., XXVI, 48. — Cic., *Div. in Cec.*, 17). Je n'ose, en l'absence de preuves, m'élever contre cette opinion ; cependant un fragment de la *lex agraria*, connue sous le nom de *lex Thoria* (cap. 1, § 17), témoigne très clairement que dans certains cas, sinon dans tous, les récupérateurs devaient appartenir à une classe de personnes déterminées.

A. Enfin les règles suivies à Rome s'appliquaient-elles dans toute l'étendue de l'Empire romain ? Ici l'obscurité est grande parce que les indications sont rares et peu précises. Il est fort probable que dans les provinces cette matière était réglée par des lois spéciales (Cic., 2[a] *act. in Verr.*, II, 15 et 5) ; que dans les procès entre pérégrins ou entre pérégrins et Romains, le juge devait appartenir à la nationalité du défendeur ; et que dans les procès entre Romains il était pris *ex conventu*, c'est-à-dire parmi les citoyens romains établis dans la province (Cic., 2[a] *act. in Verr.*, II, 13 et 16 ; *Epist. ad Att.*, VI, 1, n° 15 ; 2, n° 4). Il est également très probable que dans les provinces les récupérateurs étaient fournis par la même classe de personnes que les juges (Cic., 2[a] *act. in Verr.*, III, 11, 59, 60). Quant aux municipes et aux colonies, on conjecture que la liste des juges s'y confondait en général avec celle des décurions (Orelli, Inscr., 2489. — Paul, V, 28. — L. 38 § 10, *De pœn.*, XLVIII, 19).

IV. — DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE SOUS LA PROCÉDURE EXTRAORDINAIRE.

739 A. Ici nous n'avons plus à déterminer distinctement quels sont les magistrats et quels sont les juges, puisque les deux rôles sont confondus (1).

frappée d'appel, ayant été rendue en vertu d'un contrat; d'autre part, elle n'entraîne ni l'action *judicati*, ni les voies d'exécution forcée, mais la peine est due par celui qui désobéit à l'arbitre, et le droit peut encore être déduit *in judicium* (L. 30, *De rec.* — Paul, V, 5[a], § 1. — L. 1, C., *De rec.*). On remarquera que le compromis n'était pas autorisé en toute espèce de matières, et notamment dans les procès relatifs à l'état des personnes (L. 32 § 6 et 7, *De rec.*). Justinien a rendu quelques constitutions en cette matière (L. L. 4 à 6, C., *De rec.* — Nov. 82, cap. 11).

(1) Par une suite de cette confusion, il arrive souvent dans la compilation de Justinien que le mot *judex* soit substitué aux mots *prætor* et *præses* (L. 41, *De*

Je rappellerai d'abord que Constantin divisa l'empire en quatre préfectures (Orient, Illyrie, Italie, Gaules), chaque préfecture en diocèses, et chaque diocèse en provinces, mais que Rome et Constantinople restèrent en dehors de ces deux subdivisions. Chaque préfecture eut à sa tête un préfet du prétoire (1), chaque diocèse un *vicarius* et chaque province un gouverneur. Ce gouverneur porte le nom générique de *rector provinciæ ;* selon son rang personnel ou l'importance de sa province, on l'appelle plus spécialement *proconsul*, *consularis*, *corrector* ou *præses*. A Rome et à Constantinople, le magistrat principal fut le *præfectus urbi* dont les attributions s'étaient développées aux dépens de celles des autres magistrats et en particulier du Préteur. Ceci dit, il faut distinguer trois sortes de juges :

1° Les juges ou magistrats ordinaires. — A Rome et à Constantinople, c'est le *præfectus urbi* et le préteur. Dans les provinces, c'est le gouverneur.

2° Les juges supérieurs. — Le plus haut placé est l'empereur. Au-dessous viennent les préfets du prétoire, puis les *vicarii*. Régulièrement les juges supérieurs ne connaissent que des appels. Mais pour des raisons particulières, ils peuvent évoquer une cause à leur tribunal et statuer même en premier ressort (2). Des préfets du prétoire on dit qu'ils jugent *vice sacra*, c'est-à-dire comme représentants du prince, ce qui a pour signification pratique que leurs décisions n'admettent pas d'appel (L. 16, C. Th., *De app.*, XI, 30. — L. 19, C., *De app.*, VII, 62) (3).

3° Les juges inférieurs. — Ici, en dehors des magistrats municipaux déjà signalés pour l'époque précédente, je dois mentionner les *defensores civitatis* et les *judices pedanei*.

Le *defensor civitatis* est un magistrat spécialement chargé de protéger les faibles contre les puissants et de défendre les intérêts locaux

min., IV, 4. — Voir les deux titres *De rebus auctoritate judicis possidendis* (D., XLII, 5. — C., VII, 72).

(1) Antérieurement le nombre des préfets du prétoire avait varié. A l'époque des Antonins il n'y en avait qu'un seul. On en avait vu deux sous Néron (Tac., *Ann.*, XIV, 51) et trois sous Commode (Lampr., *Comm.*, 6).

(2) Ce droit d'évocation apparaît notamment dans une constitution de Constantin (L. 2, C. Th., *De off. jud. omn.*, I, 22) et dans un passage d'Ammien Marcellin (XXVII, 7).

(3) Les *vicarii* sont quelquefois aussi présentés comme jugeant *vice sacra* (Cass., *Var.*, VI, 15). Mais c'est un langage peu exact, puisque l'on appelle de leurs sentences comme de celles des juges ordinaires (L. 19, C., *De app.*).

contre les représentants du pouvoir central (1). Dans le dernier état du droit, il est élu par la cité elle-même ou par ses principaux membres, mais sa nomination doit être confirmée par le préfet du prétoire (L. 8, C., *De def. civ.*, I, 55. — Nov. 15, cap. 1) (2). Sa compétence judiciaire nous apparaît pour la première fois dans un rescrit de l'an 365, qui la restreint aux affaires d'un intérêt tout à fait secondaire (L. 2, C. Th., *De def. civ.*, I, 29) (3). Justinien la limita au maximum de 300 sous d'or (Nov. 15, cap. 3 § 2).

Quant aux *pedanei judices*, ce que nous en savons avec certitude, c'est qu'à l'exemple des *defensores*, ils ne jugeaient que des causes médiocres (*humiliora negotia*), et que Justinien précisa cette règle en leur donnant compétence pour les affaires qui n'excédaient pas 300 *solidi* (L. 5, C., *De ped. jud.*, III, 3. — Nov. 82, cap. 5). Mais qu'étaient ces *judices?* Sur cette question l'on a fait beaucoup d'hypothèses, et l'on n'a rien démontré. L'opinion qui me paraît la plus vraisemblable est celle-ci : lorsque Dioclétien supprima la distinction du *jus* et du *judicium*, il prévit que les magistrats allaient être surchargés, et il les autorisa à faire juger certaines causes par des délégués spéciaux que lui-même appelle *pedanei judices* (L. 2, C., *De ped. jud.*), et qu'ailleurs on appelle aussi *pedanei arbitri* ou simplement *arbitri* (L. 6 pr., C., *De adv. div. jud.*, II, 8. — L. 63, C. Th., *De appell.*) (4). Cette conjecture est confirmée par le bréviaire d'Alaric

(1) Le nom de cette magistrature se rencontre au Digeste (L. 1 § 2; L. 16 § 3, *De mun. et hon.*, L, 4). Mais cela ne prouve pas qu'elle eût, dès l'époque des jurisconsultes, le même caractère et la même importance que dans le bas empire.

(2) Une novelle de Majorien (*cap.* 3) présente ces règles comme un retour à un droit plus ancien. Il paraît certain, en effet, qu'elles n'avaient pas toujours été en vigueur. Valentinien et Valens avaient décidé que le *defensor* serait nommé par le préfet de prétoire (L. 1, C. Th., *De def. civ.*, I, 29). D'après la législation de ces mêmes princes, il devait être pris hors de la curie et était nommé pour cinq ans (L. 1., C. Th., *De def. civ.* — L. 4, C., *De def. civ.*). Sous Justinien, il peut être choisi parmi les décurions, et ses fonctions ne durent que deux ans (Nov. 15, cap. 1).

(3) Cette constitution, d'après le texte que nous en donne Justinien, aurait arrêté la compétence du *defensor* au maximum de 50 *solidi* (L. 1, C., *De def. civ.*). Mais il ne paraît pas que cette limitation précise figurât dans l'original.

(4) L'expression *judices pedanei* n'a point été créée par Dioclétien. On la trouve déjà dans quelques textes de l'époque classique, mais on ne s'accorde pas sur le sens qu'ils lui donnent. Entre les diverses opinions qui se sont produites il y en a deux que je crois devoir admettre simultanément. Ce sont d'abord les magistrats municipaux qu'on appelait *judices pedanei*, et ainsi s'exprime la possibilité d'une *vocatio in jus* et d'une *postulatio* devant de tels juges (L. 3 § 1, *Ne quis eum qui*, II, 6. — L. 1 § 7, *De post.*, III, 1). Mais ce nom s'appliquait aussi aux juges inscrits sur les listes officielles, et voilà pourquoi Ulpien nous montre le *judex pedaneus* institué par le Préteur (L. 4, *De tut. et cur.*, XXVI, 4). Au surplus,

où les *pedanei judices* sont définis, *qui ex delegatione causas audiunt* (sur les sentences de Paul, V, 28). Maintenant ces délégués n'étaient-ils que de simples particuliers, comme les juges de l'époque classique? Je suis fort porté à croire qu'il en fut longtemps ainsi, quand je vois le Code Théodosien les opposer tant aux *judices inferiores* qu'aux magistrats proprement dits (L. 63, *De appell.* — L. 3, *De rep. app.*, XI, 31). Mais il me semble que sous le règne de Zénon, ils devinrent de véritables fonctionnaires. Car ce prince décida que chaque prétoire aurait un certain nombre de *judices pedanei* désignés d'avance et parmi lesquels le magistrat choisirait ses délégués; lui-même nomma ceux de Constantinople, et cet exemple fut imité par Justinien (Nov. 82, *præf.* et *cap.* 1) (1).

Telles sont, dans la période du Bas-Empire, les juridictions de droit commun (2). Relativement à la compétence, les principes anciens subsistent sauf les modifications suivantes : 1° le territoire de l'empire étant désormais partagé en quatre préfectures distinctes, il est évident que chaque préfet du prétoire n'est plus compétent que dans son ressort; 2° comme je l'ai montré en passant, la compétence des juges inférieurs, au moins des *judices pedanei* et des *defensores*, finit par être fixée d'une manière précise et uniforme; 3° en l'an 385, les empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius décidèrent que les actions réelles immobilières pourraient être portées devant le tribunal de la situation

cette opinion conciliatrice explique très bien que le *judex pedaneus* qui se laissait corrompre encourût l'exclusion de la curie (L. 38 § 10, *De pœn.*, XLVIII, 19. — Paul, V, 28); car la curie avait pour chefs les magistrats municipaux, et ces magistrats, quand ils nommaient un juge, le prenaient parmi les décurions. J'ajoute que jusqu'à l'époque du bas-empire l'expression *judices pedanei* n'eut rien de technique et que fort probablement elle fut suggérée par ce fait que les magistrats municipaux et les juges proprement dits, n'avaient pas, comme le Préteur, un véritable tribunal. De là le mot χαμαιδικαστής par lequel les Grecs traduisaient *judex pedaneus* (Lydus, *De mag. Rom.*, III, 8. — Théophile, *De int.*, pr., IV, 15.)

(1) Comment faire la part respective des *judices pedanei*, du *defensor* et des anciens magistrats municipaux? D'abord il n'y avait, paraît-il, de *defensor* que dans les cités peu considérables par leur population (*Nov. Maj.*, tit. 3), et très probablement il n'était pas question de *judices pedanei* en dehors des chefs-lieux de préfectures, de diocèses et de provinces. Ceci posé, partout où il n'y avait ni *defensor* ni *judices pedanei*, la juridiction inférieure dut continuer d'appartenir aux magistrats locaux. Resterait à savoir si dans les villes qui possédaient tout à la fois des magistrats municipaux et un *defensor*, celui-ci conservait sa compétence judiciaire. Je penche pour la négative.

(2) Sous Justinien les évêques ont une juridiction exceptionnelle, qui s'applique particulièrement lorsque le défendeur est un clerc, un moine ou une religieuse (Nov. 79, 83, 86).

(L. 3, C., *Ubi in rem actio*, etc., III, 19) (1), innovation fort logique : car une bonne analyse découvre dans le fait de posséder sans droit la chose d'autrui le principe d'une obligation, et évidemment cette obligation se forme à l'endroit même où la possession s'exerce (2).

DES *LEGIS ACTIONES*.

SOMMAIRE : I. Caractères généraux et classification des *legis actiones*. — II. Des *legis actiones* introductives d'un procès. — III. Des *legis actiones* données comme voies d'exécution. — IV. Abrogation progressive des *legis actiones*. Naissance du système formulaire.

I. — CARACTÈRES GÉNÉRAUX ET CLASSIFICATION DES *legis actiones*.

740 a. Sous le nom de *legis actiones*, on désigne cinq formes différentes de procédure, savoir le *sacramentum*, la *judicis postulatio*, la *condictio*, la *manus injectio* et la *pignoris capio*. C'est dans cet ordre que Gaius (IV, § 12) les range, et l'on comprendra pourquoi lorsqu'on aura vu comment elles se classent et dans quel ordre chronologique elles apparurent.

Écartons pour un instant la *pignoris capio*, et nous dirons, autorisés par Gaius (IV, § 29), que les actions de la loi présentent les caractères suivants :

1° Elles impliquent prononciation de paroles solennelles (*certa verba*), et ces paroles doivent toujours être rigoureusement adaptées à celles qu'emploie la loi particulière dont l'application est en jeu (3). D'où il résulte qu'à chaque *legis actio* correspondent un certain nombre de formules, semblables assurément par quelque caractère général, mais diverses dans le détail, car il en faut pour toutes les catégories d'hypothèses que les lois prévoient, et l'on doit dire que nécessairement chaque loi nouvelle entraîne la composition de formules nouvelles. Aussi voyons-nous par Pomponius qu'un vaste travail de ce genre suivit la promulgation des Douze Tables (L. 2 § 6, *De orig. jur.*, 1,

(1) Cette décision, paraît-il, ne fut en aucun cas appliquée à la pétition d'hérédité, et cela était logique, puisque les hérédités sont en dehors de la distinction des meubles et des immeubles (L. *unic.*, C., *Ubi de her. ag.*, III, 20. — n° 195).

(2) Ce motif explique très bien pourquoi ce fut simplement une faculté, et non point une nécessité, d'agir devant le juge de la situation (T. II, page 815 *in fine*).

(3) C'est par ce principe que beaucoup de jurisconsultes expliquaient l'expression *legis actiones*. Mais d'autres en trouvaient l'origine dans ce fait que toutes les actions de la loi dérivaient de lois proprement dites et non du droit prétorien (Gaius, IV, § 11). Au fond le débat est indifférent, puisque les deux opinions reposent sur des idées exactes.

2) (1). Le caractère général de ces formules, autant que nous en pouvons juger par les échantillons qui nous en restent, c'est de contenir une affirmation ou une négation portant sur le droit ou sur le fait de la personne même qui les prononce. Il suit de là que la procédure des *legis actiones* exclut toute représentation, et c'est ce qu'on exprime ainsi : *nemo alieno nomine lege agere potest* (Gaius, IV, § 82. — L. 123 pr., *De reg. jur.*, L, 17). Du reste pour la moindre erreur, pour un mot mis au lieu d'un autre, la procédure est viciée et le procès perdu (Gaius, IV, § 30. — *Fr. Vat.*, § 318). Gaius (IV, § 11) cite l'exemple curieux d'un plaideur qui succomba parce qu'il avait substitué à l'expression générale de la loi (*arbores*) une autre expression plus précise et mieux appropriée à l'espèce (*vites*). Pendant longtemps la rédaction de ces formules appartint aux pontifes, et les patriciens seuls les connurent, de sorte que la communication de ces mystères de la procédure devait leur être demandée par tout plébéien qui voulait plaider. Cela dura jusque vers le milieu du cinquième siècle de Rome, époque où un petit-fils d'affranchi, Cnæus Flavius, déroba le formulaire des actions à Appius Claudius Cæcus dont il était secrétaire, et le divulgua. Ce recueil fut appelé *jus Flavianum* (L. 2 § 7, *De orig. jur.* — Tit. Liv., IX, 46).

2° Les actions de la loi exigent la présence des deux parties intéressées, et cela sans doute parce que l'une et l'autre ont des paroles solennelles à s'adresser.

3° Les actions de la loi s'accomplissent *in jure*, et le magistrat lui-même y a sa part : il y parle et agit (Gaius, IV, §§ 16 et 21).

4° Enfin pour agir *lege* les parties ne sont pas libres de choisir un jour quelconque. D'après le témoignage de Varron (*De ling. lat.*, VI, 29, 30 et 31) et de Macrobe (Sat., I, 14, 15 et 16), les anciens Romains avaient réparti tous les jours de l'année en *dies nefasti*, *fasti*, *comitiales* et *intercisi*. Dans les *dies nefasti* (60 environ), l'exercice de la juridiction et la réunion des comices étaient interdits. Les *dies fasti* (40 environ) étaient exclusivement affectés à la juridiction (2). Quant aux *dies comitiales* (190 environ), on les réservait spécialement

(1) Il faut se garder de faire signifier à ce texte que la procédure des actions de la loi n'ait été créée qu'après les Douze Tables. Des textes cités plus loin (n°s 741 et 745) démontrent que ce serait une erreur.

(2) Volontiers on définissait les *dies fasti* ceux où le Préteur pouvait prononcer les mots *do*, *dico*, *addico*, et les *dies nefasti* ceux où il ne le pouvait pas (Varron, *De ling. lat.*, VI, 30. — Ovid., *Fast.*, I, v. 47 et 48). Ces trois mots paraissent résumer les attributs de la juridiction. *Do* s'applique particulièrement à la nomi-

aux comices, mais à défaut de comices ils restaient libres pour la juridiction. Enfin les *dies intercisi* étaient de nature mixte : ils excluaient toute convocation du peuple, mais on pouvait *lege agere* dans le milieu de la journée, entre deux solennités religieuses dont l'une avait lieu le matin et l'autre le soir. Avec cette division il faut en combiner une autre, c'est celle des jours de fêtes et des jours profanes (*dies festi* et *dies profesti*). Les jours de fêtes appartenaient aux dieux seuls (1), et par conséquent leur concours avec des *dies fasti, comitiales* ou *intercisi* diminuait le nombre des jours où l'on pouvait *lege agere* (2). Ajoutons que pendant plusieurs siècles la fixation du calendrier fut l'œuvre des pontifes et qu'ils s'appliquaient à le tenir secret. Les jours ouverts à la juridiction n'étaient donc pas plus connus que les formes de la procédure. Mais ici encore par l'heureuse indiscrétion de Cnæus Flavius, les mystères pontificaux furent divulgués, et le calendrier devint public en même temps que les formules d'actions (Cicéron, *pro Mur.*, 11 ; *Epist. ad div.*, VI, 1, n. 8. — Tit.-Liv., IX, 46).

Des quatre caractères qui viennent d'être relevés, le premier seul se rencontre dans la *pignoris capio*, et c'est pourquoi quelques jurisconsultes se refusèrent à la classer parmi les *legis actiones;* mais leur opinion ne prévalut pas (Gaius, IV, § 29), d'où nous devons conclure que ce sont les solennités de paroles qui forment le trait le plus essentiel et le plus original de toutes ces procédures (3).

nation du juge et à la délivrance de l'action ; *addico* désigne soit la nomination du juge, soit une déclaration quelconque faite conformément à la volonté des deux parties ou de l'une d'elles (Gaius, II, § 24 ; III, § 189). Quant au mot *dico*, le plus général des trois, il embrasse tout acte par lequel le magistrat déclare le droit.

(1) Parmi les jours de fêtes on comptait primitivement les jours de marché (*nundinæ*), et il y en avait un sur huit. Mais pour la commodité des gens de la campagne, une loi *Hortensia*, qu'on place dans la seconde moitié du septième siècle, assimila ces jours aux *dies fasti* (Macrobe, *Sat.* I, 16. — Festus, v° *Nundinas*. — Denys d'Hal., VII, 58). Au surplus c'est à tort, selon moi, que certains interprètes ont confondu les véritables *dies festi* avec les *dies nundinarum*.

(2) On se demande si les juges pouvaient siéger lorsque les magistrats ne le pouvaient pas. La négative me paraît certaine au moins en ce qui concerne les *dies comitiales* et surtout les *dies festi ;* car il fallait bien que tout le monde pût assister aux comices et participer au culte des dieux. Du reste, soit devant le magistrat, soit devant le juge, l'ouverture des débats devait précéder midi, et leur clôture le coucher du soleil (Aul.-Gell., XVII, 2).

(3) La procédure des *legis actiones* appartient-elle exclusivement au *jus civile ?* Pour les premiers siècles de Rome l'affirmative n'est pas douteuse, puisqu'alors paraît-il, les lois romaines n'autorisaient l'exercice d'aucune poursuite ni par les étrangers ni contre eux (Gaius, VI, § 37). Mais il est probable que cette doctrine

Les actions de la loi se partagent en deux classes très nettement séparées par leur but. Les unes introduisent un procès, elles tendent à faire reconnaître un droit ; les autres ne sont que des voies d'exécution, elles supposent un droit certain ou tenu pour tel. Dans la première classe il faut compter le *sacramentum*, la *judicis postulatio* et la *condictio* ; dans la seconde, la *manus injectio* et la *pignoris capio* (1).

II. — DES *legis actiones* INTRODUCTIVES D'UN PROCÈS.

741 a. Deux observations doivent dominer l'étude de cette matière : 1° tandis que la *judicis postulatio* et la *condictio* n'embrassent qu'un cercle restreint d'affaires déterminées, le *sacramentum* est une procédure générale, une procédure de droit commun, applicable à tous les cas qui ne lui ont point été dérobés par des lois spéciales (Gaius, IV, § 13) ; 2° ces trois *legis actiones* ne remontent pas toutes à une même date. Le *sacramentum* était certainement connu à l'époque des Douze Tables (Gaius, IV, § 14), et l'on peut croire sans témérité qu'il n'est guère moins ancien que Rome elle-même. La *condictio*, au contraire, est relativement récente : elle fut organisée par les lois Silia et Calpurnia qu'une conjecture généralement reçue rapporte aux années 510 et 520 de Rome. Quant à la *judicis postulatio*, il est difficile de déterminer même approximativement l'époque où elle fut introduite ; dans l'opinion com-

finit par être sinon tout à fait écartée, du moins modifiée d'une manière plus ou moins large. Gaius, en effet, nous montre l'*actio sacramenti* s'accomplissant devant le préteur pérégrin ; or à moins de supposer que ce magistrat ne fait que remplacer le préteur urbain, ou intervient en vertu d'une prorogation de juridiction, cela suppose que l'une des parties au moins n'a pas la qualité de citoyen romain (Gaius, IV, § 31). Ne serait-ce point à cette extension de la vieille procédure romaine aux pérégrins que Pomponius (L. 2 § 7, *De orig. priv.*) fait allusion, lorsqu'il nous dit que le développement de la cité nécessita la création de nouvelles formules qui furent composées vers le milieu du sixième siècle par Sextus Ælius et formèrent le *jus Ælianum* ? Il est vrai que les expressions du texte (*augescente civitate*) peuvent s'entendre tout aussi bien de l'introduction de nouveaux rapports juridiques entre les citoyens.

(1) Cette classification nous rend compte de l'ordre suivi par Gaius dans son énumération, ordre qui n'est nullement conforme à celui du développement chronologique, et en même temps elle fait ressortir le sens tout spécial que présente en notre matière le mot action, car dans la langue ordinaire du droit les voies d'exécution ne comptent pas parmi les actions.

mune elle est postérieure au *sacramentum* (1), et en ce sens on peut remarquer qu'elle suppose déjà connue la distinction du *jus* et du *judicium*, distinction qui, comme on l'a vu, ne paraît pas contemporaine des origines de Rome.

742 a. *Du* SACRAMENTUM. — Dans un sens étroit le *sacramentum* est une peine pécuniaire que le plaideur qui succombe paye au Trésor. Primitivement chaque partie déposait entre les mains des pontifes une somme de 50 ou de 500 as, selon que l'objet du litige était inférieur ou au moins égal à 1 000 as (2); puis, le procès jugé, le gagnant seul retirait sa consignation. Plus tard on substitua au dépôt réel une promesse réciproque faite au magistrat et garantie par des *prædes* ou cautions, le jugement devant éteindre l'obligation du gagnant et rendre exigible celle du perdant (Varron, *De ling. lat.*, V, 180. — Gaius, IV, §§ 14 et 16). C'est par la peine ainsi consignée ou promise que la procédure qui nous occupe se distingue surtout des deux autres, et voilà pourquoi elle-même s'appelle *sacramentum*.

Pour préciser, autant que nous le pouvons, les détails de cette procédure, il faut distinguer entre les actions personnelles et les actions réelles.

Sur l'hypothèse d'une action personnelle, les lacunes du manuscrit de Gaius nous réduisent à une grande ignorance. Toutefois, du peu qui en reste (IV, § 15), combiné avec quelques lignes du grammairien Valérius Probus (3) et de Cicéron (*De nat. deor.*, III, 30), nous pouvons induire que les traits les plus essentiels sont ceux-ci : le de-

(1) Dans l'opinion contraire, on allègue, ce qui est vrai, que les formes raides du *sacramentum* ne durent jamais s'adapter d'une façon bien satisfaisante aux matières comprises dans le domaine de la *judicis postulatio*. Mais cette observation n'a rien de décisif : tout ce qu'on en peut conclure, c'est que la *judicis postulatio* apparut bien avant la *condictio*. Probablement elle est antérieure à la loi des Douze Tables. Sur ce dernier point les interprètes sont en général très affirmatifs. Ils se fondent notamment sur ce que les actions *familiæ erciscundæ*, *finium regundorum*, *ad exhibendum*, *de aqua pluvia arcenda*, qui appartiennent au domaine de la *judicis postulatio*, étaient déjà organisées par cette loi (L. 1, *Fam. ercisc.*, X, 2. — L. 13, *Fin reg.*, X, 1. — L. 6, *Ad exhib.*, X, 4. — L. 21, *De stat.*) Mais ce raisonnement n'a rien de concluant, car aucun texte ne prouve que dès l'époque des Douze Tables la procédure de la *judicis postulatio* s'appliquât à ces actions.

(2) Dans les procès relatifs à la liberté, le *sacramentum* n'était jamais que de 50 as, quelle que pût être la valeur de l'homme dont on contestait l'état (Gaius, IV, § 14).

(3) Tous les textes de Valérius Probus que j'aurai à citer à propos des *legis actiones* se trouvent, sous la rubrique *In legis actionibus hæc*, dans son traité *De juris notarum significatione*.

mandeur commence par une affirmation de son droit (*aio te mihi dare oportere*) accompagnée de l'indication de l'objet et de la cause juridique de la demande. Le défendeur repond par une négation du droit allégué ou même peut-être se contente de ne point répondre. De là une provocation réciproque au *sacramentum*, le demandeur prononçant cette formule *quando negas*, ou *quando neque ais neque negas*, *ego sacramento te provoco*, et le défendeur répliquant par une formule équivalente. Quand le *sacramentum* a été déposé ou promis, les deux parties s'engagent à reparaître *in jure* au bout de trente jours pour prendre un juge (1). Ce délai expiré et le juge nommé, vient la *comperendinatio*, promesse réciproque par laquelle les plaideurs se donnent rendez-vous devant le juge pour le troisième jour (*in diem tertium sive perendinum*).

L'hypothèse d'une action réelle est beaucoup mieux connue. Des renseignements très précis nous sont fournis par Gaius (IV, § 16), Aulu-Gelle (XX, 10) et Cicéron (*Pro Murena*, 12), et de leur réunion résulte la description suivante :

1° Le demandeur, la main armée d'une lance (2), et touchant la chose litigieuse, affirme son droit en ces termes : *hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio*, etc., puis sur la chose il place la lance (*imponit festucam*). Du côté du défendeur mêmes actes et mêmes paroles. En résumé donc, il y a des deux parts revendication et appréhension matérielle de la chose. La double revendication implique que chaque partie doit prouver son droit de propriété. Quant à la double appréhension, elle figure un combat et s'appelle *manuum consertio* (Aul.-Gell., XX, 10, n° 7). Elle suppose la présence *in jure* de la chose litigieuse. Donc comment faire s'il s'agit d'un immeuble, ou même d'un meuble qui ne puisse se déplacer commodément? Dans le principe, après que les parties avaient affirmé leur droit de propriété devant le magistrat, elles se transportaient avec lui sur les lieux afin de rendre la *manuum consertio* possible (3).

(1) Ceci n'est vrai que depuis la loi Pinaria. Je rappelle que pour l'époque antérieure on ne sait pas si le juge était donné tout de suite ou si le magistrat jugeait lui-même (n° 733).

(2) Sur les divers noms et sur la signification de cette lance, voyez ce que j'ai déjà dit (n° 54).

(3) Il paraît que dans la revendication des immeubles la *manuum consertio* ne suffisait pas. L'usage voulait que le possesseur fût expulsé du fonds par son adversaire à l'aide d'une violence feinte. Cette expulsion s'appelait *deductio* (Cicéron, *pro Cecina*, 7 et 32 ; *pro Tullio*, 20).

Plus tard à cette formalité gênante on en substitua une fort simple, mais puérile et dont Cicéron se moque avec esprit. Le demandeur provoquait son adversaire à un transport sur les lieux; cela s'appelait *ex jure manum consertum vocare* (Val. Prob. — Varron, *De ling. lat.*, VI, 64). Mais tout aussitôt celui-ci lui-même l'invitait à revenir. Le Préteur leur montrait le chemin, les deux parties faisaient un pas, et le voyage était censé fini (1). Du reste, soit dans ce dernier état du droit, soit auparavant, l'on avait soin d'apporter *in jure* un fragment de la chose litigieuse, par exemple une motte de terre ou une tuile, et c'est sur ce fragment, qui rendait en quelque sorte la chose présente, que s'accomplissaient les rites légaux (Gaius, IV, § 17) (2).

2° Le Préteur met fin au combat simulé par un ordre de lâcher la chose (*mittite ambo hominem*).

3° Le demandeur interroge son adversaire sur la cause de sa revendication : *postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris*, et celui-ci se borne à répondre qu'il a satisfait aux formalités légales : *jus peregi sicut vindictam imposui*.

4° Vient alors la double provocation au *sacramentum*. La formule en est celle-ci : *quando tu injuria vindicavisti, sacramento te provoco*.

5° Ici se placent, nous dit Gaius, des formalités semblables à celles qui dans l'action personnelle suivent la promesse du *sacramentum*. Mais quelles sont-elles? Nous les ignorons.

6° Enfin le magistrat détermine celui des plaideurs qui aura la possession provisoire de la chose litigieuse (*vindiciæ*), et cela, paraît-il, sans être soumis à l'observation d'aucune règle fixe (3). Cette pos-

(1) Dans ce départ et ce retour simulés, les parties sont accompagnées de témoins appelés *superstites* (Festus, v° *Superstites*. — Cic., *pro Mur.*, 12). Cela permet de croire qu'il y eut une époque intermédiaire où le transport sur les lieux se faisait réellement, mais où les témoins remplaçaient le magistrat.

(2) Je me suis placé tout particulièrement dans l'hypothèse d'une *rei vindicatio*. Mais supposons qu'il s'agisse d'une *petitio hereditatis*: l'hérédité n'étant qu'un être fictif et n'ayant pas de situation proprement dite, on ne conçoit ici ni présence *in jure* de la chose litigieuse, ni *manuum consertio*, ni transport sur les lieux. Il est donc très vraisemblable que dès le début le *sacramentum* appliqué à la *petitio hereditatis* se réduisit aux formes simples qui ne furent admises que plus tard pour la *rei vindicatio*.

(3) Ce pouvoir arbitraire du magistrat cessait dans la *causa liberalis*. Là, d'après une antique règle conservée par les Douze Tables, la possession provisoire devait toujours être accordée à celui dont la liberté était en question; et l'on sait que c'est cette règle qui, violée par l'un des auteurs des Douze Tables, par Appius Claudius, précipita la chute des décemvirs (L. 2 § 24, *De orig. jur.*, I, 2. — Tit. Liv., III, 44 à 47).

session peut donc être accordée au demandeur tout aussi bien qu'au défendeur, et il n'y a pas lieu de s'en étonner ; car en exigeant des deux adversaires la preuve de leur droit, on écarte toute présomption de propriété en faveur du défendeur. Le magistrat ne peut donc statuer que d'après les circonstances. Du reste le possesseur est tenu de promettre, pour le cas où il succomberait, la restitution de la chose et des fruits, et cette promesse est garantie par des cautions qu'on appelle *prædes* (1) *litis et vindiciarum* (2).

Ces formalités accomplies, la procédure *in jure* n'est pas close. Restent encore la *judicis addictio* et la *comperendinatio*, deux points sur lesquels il n'y a pas de différence à faire entre l'action réelle et l'action personnelle, et de là le silence de Gaius qui n'a pas voulu répéter des explications déjà données.

Maintenant, quelle que soit la nature de l'action, comment les choses vont-elles se passer *in judicio?* Gaius (IV, § 15) nous apprend que de chaque côté les plaidoiries étaient précédées d'un exposé sommaire appelé *causæ collectio*. Mais l'essentiel est de préciser l'office du juge. Or, il est évident que la question qui lui est directement soumise n'est pas celle qui fait l'objet véritable du débat, mais bien celle-ci : quelle est la partie dont le *sacramentum* est *justum ?* C'est là-dessus qu'il doit statuer (Cic., *pro Cecina*, 33; *pro domo*, 27; *De orat.*, I, 10). Mais pour cela il faut de toute nécessité qu'il descende à l'examen du droit litigieux. Car chaque plaideur doit la peine sous une condition inverse : le défendeur, si le droit litigieux existe; le demandeur, s'il n'existe pas. C'est donc celui qui aura raison au fond qui sera jugé avoir fait un *sacramentum justum*, ou, ce qui revient au même, un *sacramentum* qu'il ne perdra pas. Et qu'on le remarque bien, l'indivisibilité de la condition (n° 536) fait que l'on ne conçoit pas ici de terme moyen entre un triomphe total ou un échec total. Le

(1) Varron (*De ling. lat.*, VI, 74) et Festus (v° *Præs*) nous apprennent qu'on appelle proprement *præs* la caution qui s'engage envers le peuple sur une interrogation faite par le magistrat. L'emploi du mot était donc très exact dans l'expression *prædes sacramenti*. Mais ici *præs* n'a pas plus de valeur que le mot *sponsor*, et en effet le faux Asconius (2° *act. in Verr.*, I, 45) dit : *præs est locuples sponsor pro eo de quo apud judicem quæritur*.

(2) Le mot *vindiciæ*, qui tout à l'heure signifiait la possession provisoire et qui maintenant désigne les fruits et les produits de la chose, avait d'autres sens encore. Cicéron (*pro Milone*, 27) l'emploie comme synonyme de *vindicatio*. Festus (v° *Vindiciæ*) l'applique tant à la chose litigieuse qu'au fragment que les parties en apportent *in jure*. Enfin dans Aulu-Gelle (XX, 10, n° 8) la *manuum consertio* est appelée *vindicia*.

demandeur aura donc fait un *sacramentum injustum*, s'il ne réussit pas à prouver qu'il est créancier ou propriétaire de tout ce qu'il a affirmé lui être dû ou être sien. Et là se trouve l'origine lointaine des effets de la *plus petitio* dans le droit classique (nos 861 et s.).

Supposons à présent que le *sacramentum* du demandeur soit jugé *justum*. Si la procédure finissait là, son amour-propre pourrait être satisfait, ses intérêts ne le seraient pas. Bien évidemment donc, il y a lieu à régler la satisfaction qui lui est due ; c'est là l'objet d'une procédure accessoire qui selon toute probabilité s'appelle *arbitrium liti æstimandæ* (1), et qui certainement aboutit à une condamnation. Quant à l'objet de cette condamnation, il faut faire une distinction dont les motifs seront expliqués plus loin (n° 762) : dans les actions personnelles, elle est toujours pécuniaire (Gaius, IV, § 21. — Aul.-Gell., XX, 1, n° 47) ; dans les actions réelles, elle porte sur la chose elle-même, toutes les fois que cela est possible (Gaius, IV, § 48).

743 a. De la *judicis postulatio*. — Le texte de Gaius nous fait ici complètement défaut, et nous n'avons guère que des conjectures.

Le nom même de cette *legis actio* paraît bien indiquer qu'elle exclut toutes les solennités qui dans le *sacramentum* précèdent la demande d'un juge. Mais ceci est purement négatif, et il faudrait pouvoir déterminer les formes qu'elle comporte. Or, à cet égard, nos connaissances se bornent à une formule rapportée par Valérius Probus : *arbitrum judicemve postulo uti des* (2). Fort probablement, ces paroles étaient d'abord prononcées par le demandeur, puis répétées par le défendeur. Le point le plus essentiel, en cette matière, consiste à fixer les cas où la *judicis postulatio* fut substituée au *sacramentum*, et c'est à quoi l'on arrive approximativement par voie d'élimination. En effet, elle ne s'applique ni aux actions réelles, qui même après la loi Æbutia restèrent soumises au *sacramentum*, ni aux actions personnelles ayant pour objet une chose ou une quantité

(1) Cette expression se trouve dans Valérius Probus, et l'on ne voit pas quelle pourrait en être la signification en dehors de celle qu'on lui donne ici. Dans le même sens on fait remarquer que la concussion (*repetundæ*), qui à l'époque classique engendre un *judicium publicum*, ne donna lieu pendant longtemps qu'à une simple poursuite civile engagée dans la forme du *sacramentum* et que cette poursuite aboutissait à une *litis æstimatio* (*Lex Serv. rep.*, cap. 1, 8, 19). Du reste, il n'est pas absolument sûr que l'*arbitrium liti æstimandæ* fût confié au juge même qui avait statué sur le *sacramentum* (Festus, v° *Vindiciæ*).

(2) Cette formule, rapprochée du nom de la *judicis postulatio*, confirme bien ce qui a été dit précédemment (n° 737) sur le sens des mots *judex* et *arbiter*.

déterminée, car ces dernières forment le domaine de la *condictio*. Il est donc très vraisemblable que la *judicis postulatio* comprend, avant tout et peut-être exclusivement, les actions que sous la procédure formulaire on appelle *bonæ fidei actiones*. N'est-ce pas bien là la pensée de Cicéron, lorsqu'il dit que dans ces actions une coutume antique permet aux plaideurs de *rogare judicem* (*De off.*, III, 10)? Et si l'on demande pourquoi elles furent, plutôt que d'autres, soustraites au *sacramentum*, la raison en est fort simple : c'est que les faits juridiques d'où elles naissent engendrent des obligations réciproques que le juge doit, pour être équitable, compenser les unes avec les autres ; elles s'accommodent donc assez mal aux formes raides d'une procédure où nous avons vu que le demandeur doit absolument gagner ou perdre pour le tout. Si l'on put dans le principe les plier aux exigences du *sacramentum*, ce ne put être qu'à une condition, savoir, que les formules prononcées *in jure* continssent simplement l'indication générale de l'objet du droit sans en préciser la quotité ou le chiffre (1). Du reste, indépendamment d'une plus grande simplicité de formes, car il n'y a plus ici qu'une seule comparution *in jure* et sans doute les solennités de paroles se réduisent à peu de chose, la *judicis postulatio* a sur le *sacramentum* le double avantage de ne point déguiser la véritable question litigieuse et de n'exposer le perdant à aucune espèce de peine.

744 a. De la *condictio*. — Ici, encore, nous sommes dans l'obscurité. Je me bornerai donc, ou peu s'en faut, à analyser ce qui nous reste des explications données par Gaius (IV, §§ 18 à 20) :

1° Cette *legis actio* tire son nom d'une *denuntiatio* par laquelle le demandeur invite son adversaire à se présenter *in jure*, au bout de trente jours, pour le choix et l'institution du juge. En effet, dans l'ancienne langue, *condicere* équivalait à *denuntiare* (2). Reste à savoir si cette *denunciatio* se fait *in jure*, si par conséquent la *condictio* suppose, comme le *sacramentum*, deux comparutions successives de-

(1) La *judicis postulatio* n'embrasse-t-elle pas aussi les actions personnelles qui furent plus tard des *conditiones incerti?* C'est un point douteux, mais sur lequel je suis très porté à admettre l'affirmative ; car comment comprendre que de telles actions fussent restées soumises au *sacramentum*, alors qu'on y dérobait, comme nous l'allons voir, toutes les actions personnelles *certæ*, auxquelles pourtant il s'adaptait beaucoup mieux ?

(2) Cette synonymie est confirmée par Festus (v° *Condicere*) et par Justinien (§ 15, *De act.*). On peut rapprocher l'emploi que Tacite (*Germ.*, 11) et Aulu-Gelle XVI, 10) font du mot *condicere*.

vant le magistrat. Quelques interprètes l'ont nié, mais leur opinion implique que la *denuntiatio* n'aurait point été partie intégrante de cette *legis actio*, n'en aurait été que le préliminaire, et alors il serait bien étrange qu'elle en eût déterminé le nom.

2° Le domaine de la *condictio* embrasse toutes les obligations certaines, telles qu'elles ont été précédemment définies (n°s 512 à 514), et n'en embrasse pas d'autres. Car la loi Silia, par laquelle elle fut introduite, la restreignit aux obligations *certæ pecuniæ*, et un peu plus tard la loi Calpurnia l'étendit à toute autre espèce d'obligations certaines. Mais on ne lui donna jamais d'autres applications.

3° Gaius, remarquant qu'il n'y avait pas d'obligations qu'on ne pût poursuivre ou par le *sacramentum* ou par la *judicis postulatio*, se demande quel besoin fit introduire cette troisième forme de procéder, question selon moi mal posée et à laquelle il ne peut répondre. Il ne s'agissait point, en effet, de combler une lacune qui n'existait pas, mais bien plutôt de perfectionner ce qui existait. On voulait deux choses : simplifier les formes de la procédure, et l'adoucir au fond. On simplifia les formes en retranchant toutes les longueurs qui dans le *sacramentum* précèdent la demande d'un juge et en ne conservant que les deux comparutions *in jure* avec l'intervalle de trente jours qui les sépare (1). Quant à l'adoucissement au fond, il consista à supprimer le bénéfice que le trésor public réalisait aux dépens de la partie perdante (2).

Par l'introduction de la *judicis postulatio* et de la *condictio*, le *sacramentum* perdait une grande partie de son importance : toutefois il s'appliquait encore, et cela comme procédure exclusive, à toutes les actions réelles, et, parmi les actions personnelles, à celles qui résultent d'un délit et même à quelques autres (Gaius, IV, § 31) (3). Plusieurs interprètes ne s'en tiennent pas là : ils veulent que l'appli-

(1) Il ne faut pas oublier que les lois Silia et Calpurnia sont postérieures à la divulgation du formulaire des *legis actiones*. Les patriciens n'avaient donc plus aucun intérêt à conserver des solennités que tout le monde connaissait.

(2) On a conjecturé que dans la *condictio* établie par la loi Silia les parties faisaient réciproquement une *sponsio pœnalis tertiæ partis* qui serait l'origine de celle que nous rencontrerons sous le système formulaire (Gaius, IV, § 171). Si cela est vrai, le progrès aurait consisté, non point à supprimer la peine dont on frappait la partie perdante, mais à en faire bénéficier le gagnant au lieu du Trésor, et à la proportionner à l'importance du litige. Du reste, il est certain que rien de pareil n'existait dans la *condictio ex lege Calpurnia*.

(3) L'étendue du domaine laissé au *sacramentum* dépend beaucoup de la solution qu'on adopte sur une question déjà indiquée (T. II, page 838, note 1).

cation de la *condictio* aux obligations certaines fût simplement facultative, les parties restant autorisées, si elles le préféraient, à user du *sacramentum*.

III. — DES *legis actiones* ÉTABLIES COMME VOIES D'EXÉCUTION.

745 a. Les deux *legis actiones* dont nous allons nous occuper sont bien loin d'avoir une égale importance : la *pignoris capio* est d'un usage tout à fait exceptionnel, tandis que la *manus injectio* forme le droit commun, et par conséquent peut avec vraisemblance passer pour plus ancienne. Du reste l'une et l'autre existaient indubitablement dès l'époque des Douze Tables (Gaius, IV, §§ 21 et 28).

De la *manus injectio* (1). — Cette *legis actio* nous apparaît avant tout comme un procédé d'exécution des jugements, procédé grossier; car, ainsi qu'on va le voir, il s'applique directement à la personne même du condamné et n'atteint ses biens que par voie de conséquence. Envisagé dans cette application principale, qui est certainement aussi la plus ancienne, la *manus injectio* se donne contre deux sortes de personnes : d'abord contre celle qui est frappée d'une condamnation pécuniaire ; quant aux condamnations en nature prononcées dans les actions réelles, elles s'exécutent, à l'aide de la force publique, par un simple déplacement matériel de la chose ; en second lieu, contre le débiteur qui a avoué sa dette *in jure*, pourvu que son aveu porte sur une somme d'argent déterminée, d'où nous pouvons conclure à la haute antiquité de la règle *confessus in jure pro judicato habetur*. Désormais je comprendrai ces deux sortes de personnes sous le nom de *judicati*.

La loi des Douze Tables donne au *judicatus* un délai de trente jours (*triginta dies justi*), à compter de la condamnation ou de l'aveu, pour chercher le moyen de se libérer (2). Quand ils sont écoulés, le créancier l'appelle *in jus*, et là, lui adresse ces paroles : *quod tu mihi judicatus es sestertium decem millia, quæ dolo malo non sol-*

(1) L'expression *manus injectio* et l'acte d'appréhension matérielle qu'elle désigne se rencontrent dans des hypothèses qui n'ont rien de commun avec notre *legis actio* et qui notamment ne supposent pas les parties *in jure* (Festus, v° *Struere*. — Tit.-Liv., III, 44. — *Fr. Vat.*, § 6).

(2) Dans ce délai le *judicatus* pouvait transiger avec son créancier (Aul.-Gell., XX, 1, n° 46). C'est donc que la chose jugée n'avait toute son autorité qu'après les trente jours. Car d'après une règle qui paraît fort ancienne on ne transige pas valablement sur la chose jugée (L. 7, *De trans.*, II, 15).

visti (1), *ob eam rem tibi sestertium decem millium judicati manum injicio*. La prononciation de cette formule est accompagnée d'une sorte de prise de possession : le créancier met la main (*manum injicit*) sur son débiteur, comme pour exprimer la dépendance dans laquelle il va désormais le tenir. Quelle est donc alors la situation du *judicatus?* S'il conteste l'exactitude ou la validité du jugement, il peut repousser la *manus injectio* (*manum a se depellere*), mais à la condition de fournir immédiatement un *vindex* (2), c'est-à-dire un tiers qui fasse l'affaire sienne et qui plaide en son propre nom, comme si la dette le concernait lui-même (3). Les débats recommencent alors et un nouveau jugement intervient entre le créancier et le *vindex* (4) ; mais si celui-ci succombe, selon toute vraisemblance, il est condamné au double (5). Que si le *judicatus* n'élève aucune difficulté, ou, ce qui revient au même, ne trouve pas de *vindex*, un décret du magistrat l'attribue (*addicit*) au créancier, qui l'emmène et le tient en prison chez lui (*in carcere privato*). Dès lors, sous le nom d'*addictus* (6), il vit *in servitute* sans être légalement esclave (7). La loi règle le poids

(1) De ces mots *dolo malo* il ne faut pas conclure que la *manus injectio* ne s'employât que contre le débiteur coupable de dol, mais bien que toute inexécution d'un jugement était réputée dol.

(2) Lorsque le débiteur était *assiduus*, le *vindex* devait l'être aussi (Aul.-Gell., XVI, 10. — T. I, page 28, note 2). Sur le sens du mot *vindex* on consultera Festus (v° *Vindex*).

(3) C'est une question que de savoir si le *vindex* doit être comparé à un *expromissor* ou seulement à un fidéjusseur, en d'autres termes, s'il libérait ou non le débiteur condamné. La première opinion me paraît plus plausible.

(4) Du reste rien ne nous autorise à affirmer que la nouvelle poursuite du créancier exigeât un nouvel usage, soit du *sacramentum*, soit de l'une des deux *legis actiones* qui le remplacent en certains cas.

(5) Nul texte positif n'appuie cette conjecture; mais elle explique à merveille soit les effets de la *revocatio in duplum*, soit ceux qu'entraîne l'*infitiatio* dans l'action *judicati* du droit classique (n° 780).

(6) Gaius (III, §§ 189 et 199) emploie dans le même sens les mots *judicatus* et *adjudicatus*. Voyez aussi Valère Maxime (VII, cap. VI, 2).

(7) Que cette *addictio* n'entraînât pas esclavage immédiat, un texte de Gaius (III, § 189) prouve que c'est là une doctrine certaine et ancienne. Mais nous voyons par Quintilien (*Inst. orat.*, V, c. X; VII, c. III) que la question était controversée de son temps dans les exercices de l'école, ce qui prouve qu'elle avait dû l'être dans la pratique. Du reste on évitera de confondre la condition de l'*addictus* avec celle du *nexus*. Varron (*De ling. lat.*, VII, 105) définit le *nexus*, l'homme libre qui, débiteur d'une somme d'argent, s'est engagé à travailler comme esclave pour le compte du créancier jusqu'au plein acquittement de son obligation. Ce texte prouve très clairement que le *nexus* devient tel par un contrat, et non pas en exécution d'une sentence judiciaire, et c'est ce que d'autres textes confirment (Val. Max., VI, cap. I, 10; Tit.-Liv., II, 24; VIII, 28). On ne peut pas

maximum des chaînes (quinze livres) dont il sera chargé et le minimum de nourriture (deux livres de farine par jour) qui lui sera fourni, s'il ne peut ou ne veut vivre à ses propres frais. Puis, soixante jours écoulés, le créancier a le droit de le tuer ou de le vendre comme esclave (1). Que s'il y a concours entre plusieurs créanciers tous munis de jugements, ils peuvent, en cas de meurtre, se partager les membres de leur débiteur, comme aussi et à plus forte raison peuvent-ils, en cas de vente, exiger une répartition proportionnelle du prix (2). Du reste, soit pour avertir les acheteurs, soit pour émouvoir la pitié et provoquer les amis du condamné à payer sa dette, la loi exige qu'à trois jours de marché consécutifs il soit conduit sur la place des comices et que là le montant de la condamnation soit proclamé à haute voix. Tous ces détails sont tirés de Gaius (IV, § 21) et d'Aulu-Gelle (XX, 1, n°s 39 à 53).

Veut-on maintenant, je ne dis pas justifier la *manus injectio*, mais

non plus douter, quand on regarde l'ensemble du passage de Varron, que le *nexus* s'engage *per œs et libram* (T. II, page 196, note 1). Mais quel est précisément l'objet du contrat? Il y a là-dessus deux systèmes principaux et tout à fait différents. Les uns disent que le *nexus* mancipe à la fois sa propre personne, ses biens et les personnes libres placées en sa puissance. Et, en effet, ses biens et ses enfants nous sont présentés par Tite-Live (II, 24) comme obligés avec lui. D'autres veulent qu'il engage simplement ses services et ceux des personnes soumises à sa puissance. Dans le premier système le *nexus* et les siens sont *in mancipio*, et une *manumissio* sera nécessaire pour les rendre *sui juris*. Dans le second système, au contraire, leur état n'est pas changé en droit, et, une fois la dette éteinte, ils n'auront pas besoin d'être affranchis. Le premier système explique sans difficulté le droit du créancier relativement aux biens du *nexus*. Dans le second système on éprouve quelque embarras à cet égard, et l'on admet assez volontiers que l'engagement personnel de servir était accompagnée d'une aliénation fiduciaire du patrimoine. Ce qui est certain, c'est qu'en l'an de Rome 429, ou peut-être 440, une loi Pétilia libéra tous les *nexi* et défendit qu'à l'avenir on engageât sa personne pour une obligation contractuelle. Le *nexum* ne subsista plus que pour les délits. Ce fut, dit Tite-Live (VIII, 28), comme une renaissance de la liberté pour les plébéiens.

(1) La vente devait se faire *trans Tiberim*. L'esprit de la loi était évidemment qu'un Romain ne devînt pas esclave dans Rome. Quant au droit de tuer le débiteur, quelques interprètes le nient et appliquent au partage des biens le *partes secanto* des Douze Tables. Mais cette interprétation humaine n'est point admissible en présence des explications si précises d'Aulu-Gelle, explications d'autant plus probantes qu'il les attribue à un éminent jurisconsulte qui n'est autre probablement qu'Africain.

(2) Les auteurs constatent que le meurtre du débiteur ne fut jamais pratiqué (Aul.-Gell., XX, 1. — Quint., *Inst. orat.*, III, 6. — Tertull., *Apol.*, cap. IV). Mais il en fut tout autrement de la vente et de l'*addictio*. Les maisons des patriciens se transformaient parfois en prisons et en lieux de torture. (Tit.-Liv., VI, 36.).

se rendre compte du motif qui la fit admettre ? Sans aucun doute il y faut voir un abus de cette idée que nul ne peut être forcé à vouloir et à faire. Le condamné refuse de payer, on ne l'y contraindra pas ; il gardera donc ses biens, mais on s'emparera de sa personne. Singulière logique qui, sous prétexte de respecter la volonté de l'homme, ne respecte ni sa vie ni sa liberté, et finalement lui enlève ou la volonté elle-même ou l'exercice légal de la volonté ! Au surplus, ne nous arrêtons point aux apparences : sans doute la condamnation ne s'exécute pas immédiatement sur les biens du débiteur ; la preuve qu'elle ne le dépouille pas tout de suite, c'est que dans la prison où le créancier le tient la loi l'autorise à vivre *de suo ;* mais qu'il soit vendu ou tué, son patrimoine à coup sûr lui échappera, et que deviendra-t-il ? Évidemment la propriété, ou, si l'on veut, le gage des créanciers qui, de deux choses l'une, ou se le partageront ou le vendront. En résumé donc, la *manus injectio* aboutit au résultat que toute bonne législation doit poursuivre : elle met les biens du condamné sous la main des créanciers, mais ce n'est qu'au prix d'une criante et inutile injustice, c'est en lui ôtant ou l'existence réelle ou l'existence légale.

A. Des lois spéciales étendirent la *manus injectio* à beaucoup de débiteurs qui n'avaient ni subi condamnation ni avoué. Cette extension s'opéra sous deux formes très-différentes. Il y eut d'abord la *manus injectio pura*, à laquelle le débiteur se dérobait sans avoir besoin de fournir un *vindex*, par cela seul qu'il contestait ou l'existence ou le chiffre de la dette ; mais alors, venant à succomber dans la poursuite que le créancier était obligé d'intenter sur le fond, il encourait une condamnation au double. Il y eut, en second lieu, la *manus injectio pro judicato*. Ici le débiteur, comme s'il eût été déjà condamné, était dans l'alternative ou de suivre le créancier ou de lui fournir un *vindex*. Nous trouvons dans Gaius (IV, § 23) deux applications de la *manus injectio pura*. Une loi Marcia la donnait au débiteur contre le *fœnerator* qui avait touché des *usuræ* (1), et la loi *Furia testamentaria* à l'héritier contre toute personne qui à titre de legs ou autrement avait recueilli *mortis causa* une valeur supérieure à mille as (2). Quant à la *manus injectio pro judicato*, elle eut anciennement

(1) Cette loi paraît appartenir à l'an de Rome 403 (Tit.-Liv., VII, 21). Sous le nom d'*usuræ* ne visait-elle pas des intérêts usuraires ? Cela est probable, ou bien alors il ne s'agirait là que d'une loi de circonstance et tout à fait éphémère.

(2) On a vu déjà (n° 401) que cette loi Furia ne tarda pas à être abrogée par a loi Voconia. Du reste Gaius (IV, § 24) constate qu'elle ne contenait pas les mots

des applications nombreuses (Gaius, IV, § 22) (1), mais nous n'en connaissons avec certitude que deux déjà signalées, et dérivant l'une de la loi Furia *de sponsu* (T. II, p. 370, note 2), l'autre de la loi Publilia (n° 570). Du reste, Gaius nous apprend que, sauf dans ce second cas, elle finit par disparaître et fut remplacée par une simple *manus injectio pura*. Ce changement paraît avoir été l'œuvre d'une loi Vallia (Gaius, IV, § 25).

746 a. De la *pignoris capio*. — On appelle ainsi l'acte du créancier qui occupe à titre de gage certains biens de son débiteur. Cette prise de possession est accompagnée de paroles solennelles que nous ignorons absolument. Il faut de plus, pour sa validité, qu'elle soit autorisée ou par la coutume ou par une loi spéciale, et elle ne l'est jamais qu'à raison d'un intérêt public.

La coutume l'avait fait admettre pour l'*æs militare*, l'*æs equestre* et l'*æs hordearium*. — L'*æs militare*, ce sont les sommes dues aux militaires par le *tribunus ærarius* chargé du payement de la solde (Aul.-Gell., VII, 10). Par *æs equestre* et *æs hordearium*, on entend des sommes dues aux *equites*, les unes pour l'achat de leur cheval, les autres pour sa nourriture (Festus, vis *Equestre* et *Hordearium*). La constitution de Servius Tullius les mettait à la charge des veuves (T. I, page 29, note 3) (2).

D'après la loi des Douze Tables, la *pignoris capio* était permise au vendeur d'une victime (*hostia*), quelle que fût la destination du prix, et au locateur d'une bête de somme (*jumentum*), lorsque le produit de la location devait être affecté à un sacrifice. Une *lex Censoria* accordait la même faveur aux publicains pour assurer le recouvrement des impôts par eux affermés (3).

Ce sont là les seuls détails que nous donne Gaius (IV, §§ 26 à 29), et

pro judicato, et qu'en conséquence elle aurait dû servir de base à une simple *manus injectio pura*. La pratique avait donc violé la règle fondamentale d'après laquelle toute *legis actio* reproduit les termes d'une loi.

(1) Fort probablement le *manus injectio pro judicato* était donnée dans tous les cas où plus tard la condamnation dut être portée au double par l'*infitiatio* du défendeur. En assimilant ces cas au *judicatum*, le droit classique n'aurait donc fait que continuer une antique tradition.

(2) On rapprochera de ce texte un passage de Cicéron (*De rep.*, II, 20).

(3) Une action devait être donnée contre le créancier qui avait ou exercé la *pignoris capio* en dehors des cas prévus par la loi, ou dégradé la chose légalement saisie. C'est ce qu'on peut conjecturer, d'après un texte d'Ulpien, qui toutefois ne peut pas être considéré comme directement applicable à de telles hypothèses (L. 29 § 7, *Ad leg. Aqu.*, IX, 2).

ils offrent moins d'intérêt pour l'étude du droit que pour celle des mœurs.

IV. — ABROGATION PROGRESSIVE DES *legis actiones*. — NAISSANCE DU SYSTÈME FORMULAIRE.

747 a. Dès l'origine, le caractère mystérieux des *legis actiones* dut nuire à leur popularité. La divulgation de leurs formules, si souvent compliquées et inutiles, fournit sans doute quelque aliment à la raillerie. A la longue, elles devinrent odieuses, par cette raison principale que la plus légère erreur de formes entraînait l'échec de celui qui l'avait commise. Cependant, elles ne furent abrogées que successivement. Le premier coup et le plus considérable leur fut porté au sixième siècle de Rome, par la loi Æbutia (1). Vinrent ensuite deux lois Julia, dont la plus récente appartient certainement à Auguste, tandis que la plus ancienne est attribuée par les uns à ce même Auguste, par d'autres à César (Gaius, IV, § 30). Mais l'abrogation ne fut complète que sous Justinien. Essayons de déterminer approximativement, quelle fut dans ce résultat la part de la loi Æbutia, celle des lois Julia, et celle de la législation postérieure.

Si d'abord nous envisageons les *legis actiones* introductives d'instance, Aulu-Gelle (XVI, 10) nous fournit un renseignement assez précis. La loi Æbutia, nous dit-il, ne laissa subsister la vieille procédure que dans les *causæ centumvirales* (2). C'est donc qu'elle supprima absolument la *judicis postulatio* et la *condictio*, et que de plus elle fit disparaître le *sacramentum* lui-même dans tous les cas où le *judicium* dont il était le préliminaire devait être porté devant un *judex privatus*, c'est-à-dire dans les matières personnelles. Quant

(1) Sur la date précise de cette loi les interprètes hésitent entre les années 520, 577, 583 de Rome, qui nous offrent chacune un tribun Æbutius. La date de 520 me paraît devoir être absolument écartée; sinon, nous arriverions à cette bizarrerie que la loi Calpurnia, qui compléta le système de la *condictio* (nos 741 et 744), ne serait pas sensiblement antérieure à la loi Æbutia qui supprima cette *legis actio*. De plus, comment nous rendre compte du *jus Ælianum* (T. II, page 831, note 3)? Est-ce que l'on aurait eu besoin d'ajouter quelque chose au formulaire d'une procédure déjà en grande partie abrogée?

(2) Si Aulu-Gelle ne mentionne pas les *causæ decemvirales* où le *sacramentum* se maintint aussi (n° 736), cela tient, sans doute, à ce qu'elles n'avaient jamais eu beaucoup d'importance et surtout à ce que de son temps on en avait perdu le souvenir.

aux lois Julia, ce sont elles probablement qui dans une mesure difficile à préciser réduisirent la compétence des centumvirs (n° 736), et dans cette même mesure elles diminuèrent nécessairement le domaine du *sacramentum*. Ce sont elles aussi peut-être qui supprimèrent le tribunal des décemvirs (n° 736), et ce qu'il perdit fut également perdu pour le *sacramentum*. Mais nous savons de la façon la plus certaine que cette procédure resta en vigueur pour tous les cas où les centumvirs conservèrent leur compétence (n° 736), et qu'elle ne disparut qu'avec eux, c'est-à-dire probablement sous le règne de Dioclétien ou à une époque voisine. La plus ancienne des *legis actiones* fut donc aussi la plus vivace. J'ajoute que le *sacramentum*, quoique banni de la pratique judiciaire, se perpétua jusqu'à Justinien dans certains actes de juridiction gracieuse, c'est-à-dire dans l'*in jure cessio*, dans l'affranchissement *vindicta*, dans l'adoption et dans l'émancipation (nos 54, 104, 119, 223). Ce sont ces actes que la langue classique appelle *legis actio*, et l'on dit du magistrat compétent pour y présider qu'il a la *legis actio*.

Quant aux deux *legis actiones*, qui s'emploient comme voies d'exécution, j'estime qu'il y a une distinction à faire. La *pignoris capio* survécut à la loi Æbutia, au moins dans quelques-unes de ses applications, car nous la voyons, du temps de Cicéron, mise au service des *publicani* (2a *act. in Verr.*, III, 11), et Varron en traitait spécialement dans un ouvrage d'un caractère tout pratique (Aul.-Gell., XIV, 7). Elle ne fut donc abrogée que par les *leges Juliæ* (1). La *manus injectio*, au contraire, dut disparaître par l'effet même de la loi Æbutia (2). Cela paraîtra surtout vraisemblable si l'on fixe l'introduction de la *bonorum venditio* à l'an de Rome 586 (3), et si l'on considère que c'est précisément à propos d'un texte relatif à la *manus injectio* qu'Aulu-Gelle mentionne les dispositions de cette loi.

(1) Et encore n'est-il pas bien sûr que cette abrogation ait été complète. La *pignoris capio* paraît avoir conservé une application (T. II, p. 773, note 1).

(2) La suppression de la *manus injectio* n'emporta pas celle de l'*addictio* et du *carcer privatus* que nous trouvons encore usités au temps de Cicéron (*pro Flacco*, 20) et même d'Aulu-Gelle (XX, 1, n° 51). Ce que la loi Æbutia fit disparaître, ce furent les solennités de paroles ou autres et aussi les conséquences que l'*addictio* entraînait jadis après le délai de soixante jours.

(3) On a vu que cette date est contestée (T. II, p. 172, note 4). Mais il est vraisemblable que l'organisation de la *bonorum venditio* dut suivre de très près la disparition de la *manus injectio*, et l'on peut bien voir là une raison pour placer la loi Æbutia en l'an 583 plutôt qu'en 577.

748 a. Comment naquit la nouvelle procédure qui remplaça les *legis actiones?* C'est un problème sur lequel il y a plus de conjectures que de certitude. Pour proposer une solution, je distinguerai entre les nouvelles voies d'action qui constituent proprement le système formulaire, et les nouvelles voies d'exécution qui y correspondent.

C'est du jour où la loi Æbutia fut en vigueur, que l'usage de plaider par formules devint le droit commun. Sur ce point Gaius est formel (IV, § 30). Mais le mécanisme formulaire fut-il créé par cette loi? ou le trouva-t-elle déjà existant, et n'eut-elle qu'à en élargir l'application, peut-être aussi à le modifier plus ou moins pour l'adapter à des besoins nouveaux? C'est sur quoi Gaius ne s'explique pas. Mais le second point de vue me paraît beaucoup plus vraisemblable. Outre qu'il est plus conforme à la marche ordinaire des choses, car la procédure ne comporte guère les transitions brusques, il est merveilleusement confirmé par les données de l'histoire. D'une part, en effet, à l'époque où fut rendue la loi Æbutia, Rome comptait déjà beaucoup de sujets pérégrins (1), et comme la procédure des *legis actiones* leur était inaccessible dans la plupart des cas, sinon toujours, il fallait bien que dans les procès où ils étaient engagés l'on recourût à des formes nouvelles. D'autre part, et ceci a été beaucoup moins aperçu, il est fort probable qu'à cette même époque plusieurs actions honoraires existaient déjà (2). Or, ici encore, il était impossible d'appliquer la vieille procédure civile, puisque l'action n'avait aucune base dans la loi et que les *legis actiones* devaient être adaptées aux termes des lois. C'est donc, selon toute apparence, dans ces deux ordres d'hypothèses que la procédure formulaire apparut d'abord, et il faut y voir bien moins une création systématique du magistrat qu'un expédient suggéré par la nécessité. Cette conjecture admise, il en résulte que les formules fictices et les formules *in factum* sont les plus anciennes de toutes; car ce sont celles que le magistrat emploie le plus ordinairement, lorsqu'il donne une action en dehors des termes du droit civil (Gaius, IV, § 37. — L. 11, *De præscr. verb.*, XIX, 5).

Reste à résoudre deux questions : 1° qu'est-ce qui détermina

(1) La Sicile et la Sardaigne avaient été réduites en provinces romaines en l'an de Rome 526, et les deux Espagnes (citérieure et ultérieure) en l'an 556.

(2) Je citerai notamment les actions édilitiennes en matière de vente. Plaute y fait allusion (*Capt.*, IV, 2, v. 44; *Most.*, III, 2, v. 112), et l'on sait qu'il mourut en l'an de Rome 570, par conséquent plusieurs années avant le vote de la loi Æbutia.

l'adoption du système formulaire de préférence à tout autre ? La réponse ira d'elle-même, si l'on se pénètre bien des deux caractères essentiels qui distinguent la nouvelle procédure de l'ancienne. Le premier, purement négatif, c'est que les plaideurs n'ont plus ni rites solennels à accomplir, ni paroles déterminées à prononcer. A ce point de vue, la procédure formulaire ne fut qu'une simplification de ce qui existait. Le second caractère, c'est que le magistrat ne se borne plus, comme jadis, à instituer le juge sans lui faire connaître sa mission ; il lui adresse, sous le nom de formule, une instruction où ses pouvoirs se trouvent tracés et circonscrits. Or, quoi de plus simple, une fois admis que les premières formules furent délivrées dans des cas où l'action n'avait aucune racine dans le droit civil, n'était qu'une émanation de la juridiction honoraire? Le magistrat, qui eût pu légalement la refuser, ne pouvait-il pas, à plus forte raison, définir la mission du juge? Et ne faut-il pas aller jusqu'à dire que c'était une véritable nécessité, puisque cette mission n'était point indiquée par les lois ? 2° comment expliquer la composition et la rédaction de la formule ? Car on verra bientôt qu'elle se compose de parties déterminées, et que chaque partie a elle-même une ou plusieurs formes de rédaction arrêtées à l'avance. A cette question, il est difficile de répondre d'une manière bien précise et bien sûre. Mais fort probablement, si nous possédions le formulaire complet des *legis actiones*, nous verrions que le Préteur, qui cherchait toujours à se rapprocher du droit civil, ne fit ici que s'approprier, avec certaines modifications, les tours de phrase et les paroles que l'on mettait autrefois dans la bouche des plaideurs eux-mêmes. L'analyse de la formule donnera tout à l'heure une grande vraisemblance à cette conjecture (n[os] 756 et 757).

Sur l'origine des nouvelles voies d'exécution, je serai beaucoup plus bref. On verra bientôt que celle qui forme le droit commun de l'époque formulaire, et la seule aussi qui paraisse contemporaine, ou peu s'en faut, de la loi Æbutia, c'est la *bonorum venditio per universitatem*. Or, il ne faut pas beaucoup d'imagination pour apercevoir que nous n'avons ici qu'une simplification de la *manus injectio*. Celle-ci, avons-nous vu (n° 745), avait pour dernière conséquence de mettre les biens du condamné à la disposition de ses créanciers. Mais il fallait pour cela que le débiteur eût d'abord été réduit en servitude ou tué. Que fit le préteur Rutilius, inventeur de la *bonorum venditio?* Mettant de côté ce préliminaire inutile et cruel, il donna aux créanciers les moyens d'exécuter directement la sentence sur les biens du

condamné. La vente ou le meurtre de la personne fut remplacé par un envoi en possession du patrimoine; et les créanciers, au lieu d'en disposer à leur gré, furent tenus de le faire vendre dans des formes déterminées et ne purent plus que s'en partager le prix. Quant aux autres voies d'exécution sur les biens admises sous le système formulaire, elles ne sont que des exceptions à la *bonorum venditio* et s'expliquent par les inconvénients de celle-ci; je n'ai donc rien à en dire pour le moment.

EXPOSÉ GÉNÉRAL DE LA PROCÉDURE FORMULAIRE.

SOMMAIRE : I. De l'introduction de l'instance. — II. De la procédure *in jure*. — Des *indefensi*. — III. — Analyse des éléments essentiels de la formule. — IV. De la *litis contestatio*. — V. Du *judicium*. — VI. Des voies de recours contre les jugements. — VII. De l'effet des condamnations. Des voies d'exécution. — VIII. De la suppression du système formulaire.

I. — DE L'INTRODUCTION DE L'INSTANCE.

Lib. IV, tit. VI, *De pœna temere litigantium*, § 2. — Omnium autem actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, qua prætor edicit de in jus vocando : utique enim in primis adversarius in jus vocandus est, id est, ad eum vocandus est qui jus dicturus sit. Qua parte prætor parentibus et patronis, item liberis parentibusque patronorum et patronarum hunc præstat honorem, ut non aliter liceat liberis libertisque eos in jus vocare, quam si id ab ipso prætore postulaverint et impetraverint; et si quis aliter vocaverit, in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit.

Le mode d'introduction d'une action quelconque est réglé par la partie de l'édit où le Préteur s'occupe de l'*in jus vocatio;* en effet, on doit toujours appeler son adversaire devant le magistrat chargé de dire le droit. Dans cette partie, le Préteur, afin d'honorer les ascendants et les patrons, ainsi que les descendants ou ascendants des patrons et patronnes, défend aux descendants et aux affranchis de les appeler *in jus* sans avoir sollicité et obtenu une autorisation du magistrat, et il prononce à l'égard du contrevenant une peine de cinquante sous d'or.

749. Dans le dernier état de la procédure formulaire, l'instance *in jure* s'introduit par l'*in jus vocatio*, par une promesse appelée *vadimonium* et par la *litis denuntiatio*. Le premier de ces trois procédés remonte aux Douze Tables; il paraît avoir été le seul connu au temps des *legis actiones*, et il demeura le plus usité même après leur dispa-

rition. Le second dérive du droit prétorien, et le troisième fut institué par Marc-Aurèle.

De l'*in jus vocatio*. — On appelle ainsi une sommation de comparaître immédiatement devant le magistrat. Cette sommation ne comporte aucune intervention de l'autorité, elle est faite directement par le demandeur au défendeur. La loi n'en règle point les formes, mais elle en règle les effets. Voici à cet égard les principales dispositions des Douze Tables : l'*in jus vocatio* oblige le défendeur à suivre sans délai son adversaire (1) ou à lui présenter un *vindex* (2) qui comparaisse à sa place (Gaius, IV, § 46) (3). Faute par lui de choisir entre les deux termes de cette alternative, le demandeur s'adresse à l'une des personnes présentes : *licet antestari?* lui dit-il, c'est-à-dire *veux-tu me servir de témoin ?* et sur une réponse affirmative il saisit le défendeur et l'entraîne *obtorto collo*, suivi de son témoin (Festus, v° *Struere*. — Plaute, *Curc.*, act. V, sc. II, v. 23; *Rud.*, act. III, sc. VI, v. 30; — Horace, *Sat.*, I, IX, v. 73 et s. — Acron et Porphyrion, sur Hor., *loc. cit.*) (4). A cette législation grossière, le préteur apporta deux modifications : 1° la résistance du défendeur, au lieu d'autoriser le recours à la violence, ne donna plus lieu qu'à une action pénale (Gaius, IV, § 46. — L. 2 § 1, *Si quis in jus voc.*, II, 5) ; 2° le défendeur qui ne voulait ou ne pouvait comparaître immédiatement n'eut plus besoin de fournir un *vindex;* ce fut assez qu'il donnât la *cautio in jure sistendi* (5), c'est-à-dire qu'il promît de comparaître à jour fixe en offrant un fidéjusseur soumis à la même juridiction que lui et assez riche pour garantir les droits du demandeur (6). Ces conditions remplies, le fidéjusseur offert ne pouvait être refusé, sinon l'action d'injures était accordée tant à lui-même qu'au défendeur

(1) Si le défendeur est vieux ou infirme, la loi des Douze Tables veut que le demandeur lui fournisse une bête de somme ou un chariot (Aul.-Gell., XX, 1).

(2) Un texte du Digeste (L. 23 § 1, *De in jus voc.*, II, 4) se réfère à ce *vindex* sans prononcer le mot. Du reste on doit le définir ici comme dans la matière de la *manus injectio* (n° 745) et appliquer l'observation déjà faite relativement à la classe de personnes où il doit être pris (T. II, page 841, note 1).

(3) L'incompétence du magistrat n'empêche pas l'*in jus vocatio* d'être obligatoire pour le défendeur (L. 2 pr., *Si quis in jus voc.*, II, 5).

(4) Ces textes supposent un défendeur du sexe masculin. A l'égard des femmes, l'usage de la violence paraît avoir été interdit de tout temps (Val. Max., II, 1).

(5) La compilation de Justinien dit toujours *cautio in judicio sistendi*, ce qui s'explique naturellement par la confusion du *jus* et du *judicium* dans le dernier état du droit.

(6) Dans les procès entre *necessariæ personæ* la fortune du fidéjusseur n'est pas prise en considération (LL. 1 à 3, *In jus voc. ut eant*, II, 6).

(L. 1, *Si quis in jus voc.*, II, 5. — L. 5 § 1, *Qui sat. cog.*, II, 8). Du reste la *cautio in jure sistendi* pouvait être fournie *cum* ou *sine adjectione pœnæ*, mais à coup sûr le premier procédé était plus prudent et plus pratique ; en effet, le défendeur venant à ne point comparaître, le demandeur exigeait de lui ou de son fidéjusseur la somme promise, tandis qu'en l'absence d'une *stipulatio pœnæ* il ne pouvait demander que le *quod interest*, ce qui le mettait dans la nécessité de faire la preuve de son droit. J'ajoute que cette *cautio* rentre dans la catégorie des *vadimonia*, nom générique qui embrasse toute promesse de paraître ou de reparaître *in jure* (1).

A. Relativement aux conditions d'exercice de l'*in jus vocatio*, les principales règles qui se dégagent des textes sont les suivantes : 1° en principe, l'*in jus vocatio* est régulièrement faite, quel que soit l'endroit où le demandeur rencontre le défendeur. Toutefois cette règle est limitée d'abord par celle de l'inviolabilité du domicile ; nul, en effet, ne peut être recherché chez soi, ni arraché de sa maison par la force (LL. 18 et s., *De in jus voc.*, II, 4. — L. 23, *De inj.*, XLVII, 10. — L. 103, *De reg. jur.*, L, 17). Elle est limitée en outre par des raisons d'utilité ou de convenance : c'est ainsi que le pontife qui fait un sacrifice, le juge qui connaît d'une affaire, la personne qui se marie, échappent momentanément à l'*in jus vocatio* (L. 2, *De in jus voc.*); 2° l'*in jus vocatio* n'est régulière que les jours où le magistrat siège à son tribunal (L. 21 § 1, *Si quis in jus voc.*). C'est une question obscure que de savoir si la distinction des *dies fasti*, *nefasti*, *comitiales* et *intercisi* fut jamais observée en ce qui concerne les actes de la procédure formulaire. Ce qui est certain, c'est qu'elle ne le fut pas longtemps, et qu'on arriva à ne distinguer que deux classes de jours, les *dies feriati* et les *dies judiciarii*. Marc-Aurèle fixa le nombre de ces derniers à deux cent trente, chiffre égal à celui qu'on obtient en ajoutant les *dies comitiales* aux *dies fasti* (Jul. Cap., *Vita Marc.*, 10). Les *dies judiciarii* forment ce que les auteurs appellent *rerum actus*, c'est-à-dire l'année judiciaire, la période d'action (Gaius, II, § 279. — Suétone, *Octav.*, 32 ; *Claud.*, 23). Dans les *feriæ* il faut comprendre, outre de nombreuses fêtes isolées, toute la période des moissons et des vendanges (L. 1 pr., *De fer.*,

(1) Sur le vu de certains textes de Gaius (IV, §§ 184 à 186), on serait tenté de croire que le nom de *vadimonium* ne convient qu'à la promesse de revenir *in jure* faite par celui qui s'y trouve déjà. Mais Gaius lui-même (IV, § 187) nous montre qu'il faut élargir cette notion.

II, 12) (1); 3° il y a des personnes qu'il est défendu d'appeler *in jus*. Ce sont les fous, les *infantes* de l'un ou de l'autre sexe, et les filles impubères (L. 4 pr.; L. 22 pr., *De in jus voc.*, II, 4); 4° il y en a d'autres qui n'y peuvent être appelées sans leur consentement. Ce sont les magistrats supérieurs, ceux auxquels on reconnaît la plénitude de l'*imperium* (L. 26 § 2, *Ex quib. caus. maj.*, IV, 6. — L. 32, *De inj.*, XLVII, 10); 5° enfin, un descendant ne peut appeler *in jus* son ascendant, quelle que soit la qualité ou le degré de celui-ci, non plus qu'un affranchi son patron, sa patronne, leurs descendants ou ascendants et même leurs héritiers externes, sans une autorisation préalable du magistrat (2). Cette règle est absolue et a pour sanction, dans le dernier état du droit, une peine de cinquante sous d'or (§ 3 *sup.* — L. 4 §§ 1 à 3; L. L. 5, 6, 24 et 25, *De in jus voc.* — L. 2, C., *De in jus voc.*, II, 2.) (3).

750. Du *vadimonium*. — J'ai déjà montré le *vadimonium*, c'est-à-dire la *cautio in jure sistendi*, employé comme réponse à l'*in jus vocatio;* mais il est bien évident que le défendeur n'a pas besoin d'avoir été appelé *in jus* pour s'engager à y comparaître. Rien ne l'empêche de contracter cet engagement de bonne grâce, sur la simple prière du demandeur, et afin précisément de rendre l'*in jus vocatio* inutile. De cette façon, la *cautio in jure sistendi* devient un moyen direct d'introduire l'instance, et plusieurs passages de Cicéron paraissent la présenter ainsi (*pro Quint.*, 16, 17 et 19; *pro Tull.*, 20). Au surplus, qu'elle suive ou remplace l'*in jus vocatio*, elle a des effets identiques.

De la *litis denuntiatio*. — Ce troisième procédé apparaît à peine au Digeste (L. 7, *De inoff. test.*, V, 2. — L. 26 §§ 6 et 11, *De her. pet.*, V, 3). En quoi il consiste, son nom même et quelques lignes d'Aurélius Victor (*De Cæs. Rom.*, XVI, 9) nous l'apprennent. Ce n'est autre chose qu'une notification adressée par le demandeur au défendeur, et contenant avec l'indication de l'objet de la demande la

(1) Il faut faire ici deux observations. La première, c'est qu'en principe pendant les *dies feriati* les juges sont, comme les magistrats, et sauf volonté contraire des deux parties, obligés à s'abstenir (L. 6, *De in jus voc.*). La seconde, c'est que néanmoins dans les cas d'urgence le magistrat doit toujours son ministère à qui le requiert (L. 1 § 2; L. 2; L. 3, *De in jus voc.*).

(2) Entre ascendants et descendants l'application de cette règle suppose de deux choses l'une : ou que le descendant n'est pas sous la puissance de l'ascendant qu'il veut appeler *in jus*, ou qu'il est propriétaire d'un pécule *castrense* (L. 8 pr., *De in jus voc.*).

(3) Le texte de l'édit parlait de sesterces (Gaius, IV, § 46).

fixation d'un jour pour comparaître devant le magistrat (1). La *litis denuntiatio* atteint le défendeur même absent, pourvu que le demandeur sache où il se trouve, tandis que l'*in jus vocatio* et le *vadimonium* exigent absolument la présence des deux parties. D'autre part, elle procure au défendeur ce double avantage qu'il n'a pas besoin de trouver un fidéjusseur pour avoir du temps devant lui, et qu'éclairé sur les prétentions de son adversaire, il peut étudier et mettre en œuvre tous les moyens de prévenir le procès.

II. — DE LA PROCÉDURE *in jure*. — DES *indefensi*.

751. L'organisation du *judicium*, ou, ce qui revient au même, la rédaction et la délivrance de la formule, tel est le but de la procédure *in jure*. Quant à sa marche générale, je la résume ainsi : elle débute par l'*actionis editio*, puis un débat plus ou moins long s'engage entre les parties, et comme conclusion, le magistrat refuse ou accorde la formule (L. 102 § 1, *De reg. jur.*, L, 17), le défendeur restant libre en ce dernier cas de ne pas l'accepter (L. 52, *De reg. jur.*).

A. *De l'*ACTIONIS EDITIO. — Dois-je céder ou lutter? telle est la question que toute personne poursuivie s'adresse, et il faut qu'elle puisse y répondre en connaissance de cause; il faut aussi, lorsqu'elle se décide à la lutte, qu'elle puisse préparer ses moyens de défense. Le demandeur doit donc, et c'est par là que s'ouvre la procédure *in jure*, faire connaître à son adversaire de quelle action il entend user, et en quels termes il désire que la formule soit rédigée. C'est ce que l'on appelle *edere actionem* (2). L'*actionis editio* n'est soumise à aucune espèce de formes. Elle se fait aussi bien de vive voix que par écrit, ou même, les parties étant en présence de l'album, par la sim-

(1) D'après les règles de l'*in jus vocatio*, le demandeur pouvait attendre l'arrivée de son adversaire *in jure* pour s'expliquer sur l'objet de sa demande (Plaute, *Pers.*, act. IV, sc. IX, v. 8 et 9). Dans l'usage cependant il le faisait volontiers connaître (Térence, *Adelph.*, act. II, sc. I, v. 40). Mieux que cela, on comprend très bien qu'afin d'éviter l'*in jus vocatio* et les formalités du *vadimonium*, il notifiât ses prétentions à son adversaire et lui proposât un jour pour se présenter *in jure*. Seulement cette notification n'avait rien d'obligatoire pour le défendeur, tandis que depuis Marc-Aurèle, et ce fut là probablement toute l'innovation de ce prince, il dut s'y soumettre.

(2) L'expression *dictare judicium* est assez souvent présentée comme synonyme de *edere actionem*. Mais la loi 1 § 1, *De edendo*, prouve que la *dictatio judicii* est un acte postérieur à l'*actionis editio*. On verra bientôt en quoi elle consiste (n[os] 75 et 764).

ple indication de l'une des formules qui y sont inscrites (1). Mais, à raison de son but, elle doit toujours être accompagnée de la production des titres qui servent de base à la prétention, cela toutefois sans que le demandeur soit tenu de faire connaître immédiatement tous ses moyens de preuve (L. 1 pr., §§ 1 et 3, *De ed.*, II, 13). Au surplus, tant que la procédure *in jure* n'est pas close, l'*actionis editio* n'a rien de définitif : ce n'est qu'un projet, que le demandeur reste libre, de modifier, soit en changeant simplement la rédaction de la formule soit en recourant à une action toute différente. Quant au magistrat, rien ne l'empêche d'exiger, comme condition de la délivrance de l'action, des modifications à la rédaction qui lui est soumise (L. 3, C., *De ed.*, II, 1); mais il ne lui appartient pas de choisir l'action que le demandeur doit exercer (Cic., *Pro Cecina*, 3) (2).

752 *a*. *Des débats qui suivent l'*ACTIONIS EDITIO. — Quelques indications tout à fait abrégées suffiront pour donner une idée de l'importance de ces débats (3). Les principaux et les plus fréquents portent sur la compétence du magistrat (4), sur le choix du juge, sur l'existence d'une action qui s'adapte aux faits allégués, et avant tout sur la rédaction et le contenu de la formule : par exemple, faut-il copier littéralement le modèle qui figure dans l'édit ou convient-il de le modifier en quelque chose? y a-t-il lieu d'y insérer des exceptions ou des *præscriptiones*, et, en cas d'affirmative, comment les rédiger? Indépendamment de ces questions essentielles, nombre d'incidents peuvent surgir relatifs aux cautions à fournir, aux interrogations *in jure*, aux aveux du défendeur, aux satisfactions qu'il offre, aux moyens de défense qu'il allègue, etc. Tous ces débats entraînent des demandes de preuve, des productions de pièces, des plaidoieries; de sorte que

(1) L'emploi de ce procédé suppose évidemment que le demandeur prend, sans y rien changer, la rédaction proposée dans le formulaire général du Préteur.

(2) De l'*actionis editio* quelques interprètes distinguent l'*actionis postulatio*, c'est-à-dire la demande adressée à un magistrat à l'effet d'obtenir l'action préalablement indiquée au défendeur. Mais cette distinction me paraît bien plus théorique que pratique, et je ne vois pas que les textes la relèvent. Puisqu'en effet l'*actionis editio* se fait en présence du magistrat, elle contient manifestement l'*actionis postulatio*, et il me semble bien que Cicéron confond les deux choses (2a *act. in Verr.*, III, 65). Qu'on ne m'objecte pas l'existence d'un titre *de postulando* tant au Digeste (III, 1) qu'au Code (II, 6). Car dans ces titres, comme dans la partie de l'édit à laquelle ils correspondent, *postulare* s'applique aussi bien au défendeur qu'au demandeur et désigne simplement le fait de paraître et de plaider *in jure*, soit en son propre nom, soit au nom d'autrui (L. 1 § 2, *De post.*).

(3) Cicéron la signale très bien (*Part. orat.*, 28).

(4) Il a le droit de statuer lui-même sur sa compétence (L. 5, *De jud.*, V, 1).

la procédure *in jure* ne pourra pas toujours, ne pourra presque jamais se clore le jour même de son ouverture. De là, la nécessité de prendre des mesures pour en assurer la continuation. A cet effet, le magistrat fait contracter au défendeur l'engagement de se représenter devant lui à jour fixe. C'est là une nouvelle espèce de *vadimonium*, la plus pratique peut-être, et qui, d'après les renseignements que nous fournit Gaius (IV, §§ 184-186), se sépare de celles que nous avons déjà étudiées par trois différences essentielles : 1° d'abord, comme on le voit, c'est *in jure* et sur l'ordre du magistrat que ce *vadimonium* intervient; 2° il est toujours fourni *cum adjectione pœnæ*, et le montant de la peine n'est pas librement débattu entre les parties. En règle générale, c'est le demandeur qui le fixe, mais après avoir prêté le serment *de calumnia* et sans pouvoir dépasser ni la moitié de la valeur engagée dans le procès, ni en aucun cas la somme de cent mille sesterces. Par exception, dans les actions *judicati* et *depensi*, la peine est égale au montant de la somme ou valeur litigieuse (1); 3° la forme de ce *vadimonium* varie d'après des distinctions que nous ne connaissons pas. Tantôt il suppose, comme les précédents, une promesse *cum satisdatione*, d'autres fois, et en dépit des indications étymologiques (2), il se borne à la promesse personnelle du défendeur, même à un serment; enfin il y a des cas où le magistrat nomme immédiatement des récupérateurs, et organise d'avance l'action que le demandeur exercera, s'il y a lieu, pour obtenir le payement de la peine rendue exigible par la non comparution de son adversaire.

752. *Refus de la formule par le magistrat.* — Voici la classification des principaux cas où ce résultat se présente :

(1) Dans l'action d'injure atroce nous retrouvons la même particularité, mais accompagnée d'une autre consistant en ce que la *summæ vadimonii* est fixée par le magistrat. Voici comment les choses se passent : on a vu (n° 677) que c'est le magistrat qui estime l'injure atroce. Eh bien, lorsqu'il y a lieu à un *vadimonium*, il fait cette estimation d'avance, et elle détermine du même coup la somme que le défendeur devra payer, le cas échéant, comme peine de sa non comparution, et celle qui figurera dans la *condemnatio* si l'action d'injures est délivrée.

(2) *Vadimonium* vient du mot *vas*, par lequel on désigne, selon Varron (*De ling., lat.*, VI, 74), toute caution qui garantit personnellement la comparution d'un tiers *in jure*. Il est vrai que, selon Festus (v° *Vadem*), de telles cautions ne s'appelleraient *vades* que dans les affaires capitales, et l'on peut croire que ce fut là le sens originaire du mot. Mais sans aucun doute on arriva à l'élargir. Exiger ou recevoir des *vades* se dit *vadari* (Cic., *pro Quint.*, 19. — Plaute, *Pers.*, II, sc. IV, v. 18). Mais parfois ce verbe s'emploie comme passif (Plaute, *Curc.*, I, sc. III, v. 5).

1° Les faits, tels que le demandeur les expose, ne correspondent à aucune action prévue dans l'édit, ou, ce qui revient au même, il y a une action, mais subordonnée à quelque condition qui dans l'espèce fait défaut. Par exemple, c'est un père qui, après le divorce de sa fille, veut exercer l'action *rei uxoriæ*, mais cette fille n'est pas en sa puissance ou ne consent pas à l'exercice de l'action (L. 34, *Sol. matr.*, XXIV, 3).

2° Bien que le demandeur allègue un fait générateur d'action, son échec est certain à l'avance parce que dès à présent le défendeur justifie, soit d'un moyen de défense tiré du fond, soit d'une exception. Par exemple, c'est une stipulation qui sert de base à l'action; mais elle a pour objet un fait immoral (L. 27 pr., *De verb. obl.*, XLV, 1), ou bien elle a été paralysée par un serment régulièrement déféré et prêté (L. 9 pr., *De jur.*, XII, 2).

3° Le défendeur fournit ou offre satisfaction. Il y a ici une disinction à faire : toute satisfaction, consistât-elle en une *datio in solutum* ou en une transaction, est réputée suffisante lorsque le demandeur veut bien s'en contenter (L. 22 § 1, *De in jus voc.*, II, 4). Mais la seule qu'il soit tenu d'accepter, la seule dont le refus puisse empêcher la délivrance de l'action est celle qui est adéquate à l'objet de la demande, par exemple, s'il s'agit d'une obligation, celle qui consiste en un payement (L. 73, *De proc.*, III, 3) (1). Au surplus, quand le défendeur qui offre cette satisfaction n'est pas en mesure de la donner immédiatement, un délai lui est accordé sous la condition de fournir les sûretés nécessaires, et ce délai est égal à celui pendant lequel la loi prohibe l'exécution forcée des jugements (L. 21, *De jud.*, V, 1) (2).

4° Le refus de l'action peut être la conséquence d'une *confessio in jure*, c'est-à-dire d'un aveu par lequel le défendeur reconnaît, en pré-

(1) Que décider lorsque la satisfaction offerte ne comprend qu'une partie de l'objet de la demande? Le demandeur doit accepter l'offre et réduire son action au surplus (L. 8, *Si pars her. pet.*, V, 4. — L. 21, *De reb. cred.*, XII, 1). Cette décision, applicable tant en matière personnelle qu'en matière réelle, ne prévalut, ce semble, que par une raison d'humanité, et cependant elle ne blesse pas le principe qui autorise le créancier à refuser un payement partiel. En effet, accepter extrajudiciairement une portion de ce qui est dû, c'est concéder un délai pour le surplus, et voilà pourquoi le créancier n'y est point obligé. Mais dans notre hypothèse il n'y a aucune concession de délai.

(2) De la durée même de ce délai je conclus que le défendeur qui offre de payer est réputé *judicatus*. Et en effet cette offre contient une *confessio*.

sence de son adversaire et du magistrat, la justesse de la demande. Vrai ou faux, un tel aveu lie son auteur, pourvu qu'il n'ait rien de contraire au droit, qu'il n'ait pas pour objet quelque chose d'impossible et qu'il ne tienne pas à une erreur de fait (L. 14 § 1, *De int. in jur.*, XI, 1. — L. 2, *De conf.*, XLII, 2. — L. 23 § 11; L. 24, *Ad leg. Aqu.*, IX, 2). C'est ce qu'exprime la règle *confessus in jure pro judicato habetur* (L. 1, *De conf.*). Cette règle ne peut être bien comprise qu'à l'aide d'une distinction : lorsque l'aveu porte sur une somme d'argent déterminée, elle signifie que le défendeur est assimilé à un condamné, qu'en conséquence il doit payer dans le délai donné pour l'acquittement des condamnations judiciaires, sinon le créancier usera régulièrement des voies d'exécution (L. 6 § 6, *De conf.* — Paul, V, 5ᵃ § 2). En dehors de cette hypothèse, il est impossible que le *confessus* soit tenu pour condamné, puisque les condamnations judiciaires ont nécessairement pour objet une somme d'argent déterminée. Néanmoins on le répute *judicatus* en ce sens que le fait avoué est désormais acquis et n'a plus besoin d'être prouvé (1). Mais il reste à estimer la satisfaction due au demandeur, et dans ce but le magistrat lui délivre une action qu'on appelle *confessoria* (2) et où l'office du juge consiste non point à statuer sur le droit, mais à le liquider (L. 23 § 11 ; L. 25 §§ 1 et 2, *Ad leg. Aqu.* — L. 6 §§ 1 et 2, *De conf.* (3).

(1) Le mot *judicatus* signifie souvent *damnatus*, et c'est ainsi qu'il faut l'interpréter dans cette phrase d'Ulpien : *incertum confessus pro judicato non erit* (L. 6 pr., *De conf.*).

(2) On ne confondra pas cette action avec l'action réelle du même nom (nᵒˢ 809 et s.).

(3) Il résulte d'un texte de Callistrate (L. 1 § 1, *De int. in jur.*, IX, 1) qu'autrefois l'aveu du défendeur était provoqué par des interrogations *in jure*, et qu'ainsi obtenu, il donnait lieu à la délivrance d'une action dite *interrogatoria* qui évidemment n'avait d'autre but que l'estimation du litige. Mais, dans le dernier état de la jurisprudence classique, les interrogations portant sur le fond du droit n'ont plus lieu devant le magistrat, mais devant le juge (L. 21, *De int. in jur.*). Les *actiones interrogatoriæ* ont donc disparu. Est-ce à dire qu'il n'y ait plus d'interrogations *in jure?* En aucune façon. Seulement elles n'ont jamais trait qu'à des questions préjudicielles, telles que celles-ci : pour quelle part êtes-vous héritier de mon débiteur? Possédez-vous telle chose? êtes-vous propriétaire de tel esclave? questions que je vous adresse à l'effet de savoir dans quelle mesure j'exercerai contre vous la *condictio certi*, ou si vous avez qualité pour défendre à une revendication ou à une action noxale que je me propose d'intenter (L. 1 pr., L. 8; L. 20 § 1, *De int. in jur.*). Le domaine de l'*interrogatio in jure* ainsi restreint, elle conserve néanmoins la même force qu'autrefois, c'est-à-dire que le défendeur est lié par ses aveux même mensongers (L. 4, *De int. in jur.*). Au reste il est probable qu'anciennement le demandeur lui-même pouvait être interrogé *in jure*

5° Enfin le refus de la formule peut être déterminé par un serment prêté ou refusé. Pour comprendre cela, il faut d'abord savoir que, les deux plaideurs étant *in jure*, chacun d'eux peut déférer à l'autre le serment sur le fond du droit, et qu'alors celui-ci choisit entre trois partis : prêter le serment, le refuser, ou le référer. Dans la première hypothèse il gagne son procès; dans la seconde il le perd; dans la troisième il se met à la discrétion de son adversaire qui triomphe ou succombe selon que lui-même jure ou ne jure pas. Ceci posé, je distingue trois ordres de cas : 1° quel que soit l'objet de la demande, si le serment est refusé par le demandeur ou prêté par le défendeur, l'action n'est point accordée, et cela équivaut à une absolution; 2° en supposant que le procès porte sur une somme d'argent déterminée, si le serment est prêté par le demandeur ou refusé par le défendeur, l'action n'est pas non plus accordée, mais cela équivaut à une condamnation; 3° enfin, dans tous les cas où l'objet du litige ne consiste pas en une somme d'argent déterminée, le serment prêté par le demandeur ou refusé par le défendeur équivaut à une simple preuve de l'exactitude de la demande, et il y a lieu à la délivrance d'une action pareille à l'action *confessoria* dont je parlais tout à l'heure (L. 34 §§ 4, 6 et 7, *De jur.*, XII, 1).

754. *Consentement du magistrat à la délivrance de la formule.* — Dans ce cas, le magistrat lui-même propose la rédaction définitive, mais la formule ne vaut, elle ne saisit le juge qu'autant qu'elle est acceptée par les deux parties. De là deux expressions bien fréquemment employées : *judicium dictare*, qui s'applique au demandeur et marque qu'il a pris l'initiative et dans une certaine mesure la direction du débat; *judicium accipere*, qui s'applique au défendeur et signifie qu'il a répondu à la provocation de son adversaire et accepté la lutte dans les termes où elle lui était proposée (1). Grâce à ce consentement réciproque, la formule constitue, ou, si l'on aime mieux, constate un véritable contrat entre les parties. *Judicio contrahi*, dit Ulpien (L. 3 § 11, *De pec.*, XV, 1). *Lites contractas*, disait avant lui Cicéron (*De leg.*, III, 3); *lites contrahendas*, lisons-nous dans Valère-Maxime (VIII, cap. III, 2). Toutefois ce contrat, dont l'objet prin-

(L. 29 § 1, *De don.*, XXXIX, 1). Dans le dernier développement du droit classique le défendeur seul peut l'être, mais il n'importe que ce soit son adversaire ou le magistrat qui l'interroge (L. 9 § 1, *De int. in jur.*).

(1) Ces deux expressions prennent souvent un sens plus large dans lequel elles sont synonymes (n° 764).

cipal consiste en un engagement réciproque de se soumettre à la décision du juge (L. 3 pr., *Jud. solv.*, XLVI, 7), n'est pas réellement libre, et à ce point de vue on ne saurait mieux le comparer qu'aux stipulations prétoriennes. Pourquoi, en effet, le demandeur exerce-t-il une poursuite? parce qu'il n'a pas d'autre moyen d'obtenir satisfaction, *non sponte contraxit*, dit Paul (L. 22, *De tut. et rat.*, XXVII, 3). Et pourquoi, d'autre part, le défendeur accepte-t-il la formule? parce que, comme on le verra tout à l'heure, il ne pourrait la refuser sans aggraver considérablement sa position, et c'est en ce sens que le même Paul a pu dire : *judicium etiam in invitum redditur* (L. 83 § 1, *De verb. obl.*, XLV, 1) (1).

La formule est toujours rédigée en termes solennels (*concepta verba*). Gaius (IV, § 30) l'atteste, et cela ressort de toutes les formules ou débris de formules qui nous sont parvenus. Cette rédaction fera tout à l'heure l'objet d'un examen développé. Pour le moment, je me contente de faire remarquer que la formule ne s'adresse point aux parties, mais au juge. Il s'agit de lui préciser sa mission, c'est donc à lui directement que le magistrat parle.

755 *a*. Des *indefensi*. — La procédure *in jure* supposant d'un bout à l'autre la présence du défendeur et se résumant en un acte qui exige son consentement, nous sommes conduits à nous demander ce qui arrive lorsque pour une cause quelconque il ne comparaît pas *in jure* ou n'y reste pas jusqu'au bout, comme aussi lorsqu'il refuse d'accepter la formule ou qu'il est juridiquement incapable de consentir. Et d'abord écartons le cas où un tiers se présenterait pour le défendre, ce tiers remplissant d'ailleurs les conditions d'un *defensor idoneus*, c'est-à-dire étant capable de plaider pour autrui et fournissant, telle est du moins la règle générale, la *cautio judicatum solvi* (L. 1 §§ 2, 5 et s., *De post.*, III, 1. — L. 63, *De jud.*, V, 1. — L. 5 § 3, *Quib. ex caus. in poss.*, XLI, 4. — Gaius, IV, § 101). En pareil cas, l'action s'engage sans difficulté, parce que le demandeur a un adversaire et que ses droits sont garantis. Hors de là, et en supposant que la demande puisse paraître fondée (L. 18, *jud. sol.*, XLVI, 7), le défendeur est réputé *in-*

(1) Paul tire de cette idée une conséquence : c'est que l'erreur *in corpore*, qui rend nul un contrat ordinaire (n° 501), ne vicie pas la formule : seulement la demande est réputée avoir pour objet la chose que le demandeur avait en vue. Dans le même sens et d'une manière plus générale, Ulpien (L. 61, *De jud.*, V, 1) nous dit que, pour déterminer l'objet d'un *judicium*, il faut rechercher, non pas ce que les parties sont convenues d'y faire entrer, mais plutôt ce qu'elles *en ont formellement exclu*.

defensus, mais comme il ne faut pas que l'impossibilité d'un débat contradictoire paralyse une poursuite peut-être très légitime, le préteur remplace la délivrance de l'action par une *missio in possessionem* qui porte sur tous les biens de l'*indefensus*. Les effets de cet envoi en possession varient. Dans bien des cas, il aboutit à la *bonorum venditio*; dans d'autres il n'a que la valeur d'une mesure conservatoire (nº 781).

La *bonorum venditio* est autorisée notamment dans les hypothèses suivantes : 1º le défendeur *fraudationis causa latitat*, c'est-à-dire s'est enfui ou se renferme dans sa maison, en un mot se cache pour échapper à l'*in jus vocatio* (L. 19, *De in jus voc.*, II, 4. — L. 7 § 1, *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4. — Gaius, III, § 78. — Cic., *pro Quint.*, 19) (1); 2º il y a *desertio vadimonii*, c'est-à-dire non comparution du défendeur qui, soit *in jure*, soit *extra jus*, avait fourni la *cautio in jure sistendi* (2), et cela sans distinguer si la non comparution est frauduleuse ou résulte d'une simple faute (L. 2 pr., *Quib. ex caus. in poss.* — Cic., *pro Quint.*, 16 et 17) (3). Dans cette hypothèse la *missio in possessionem* se cumule avec l'action *ex stipulatu* qui peut être exercée soit contre le défendeur lui-même, soit contre son fidéjusseur (4) ; 3º le défendeur, bien qu'ayant régulièrement comparu

(1) L'analogie veut qu'on assimile au défendeur qui se cache celui qui, appelé *in jus*, refuse de suivre son adversaire ou de lui donner la *cautio in jure sistendi*. Car il n'y a pas moins dol à résister qu'à se dérober. Dans ce cas la *missio in possessionem* se combine avec l'action pénale prétorienne dont j'ai parlé plus haut (T. II, page 850).

(2) C'est sans doute par allusion à cette application rigoureuse des voies d'exécution qu'Horace (*Sat.*, I, 9, v. 36 et 37) et Suétone (*Calig.*, 39) nous présentent la *desertio vadimonii* comme entraînant pour le défendeur la perte de son procès. Il est vrai que, d'après quelques interprètes, les passages de ces deux auteurs devraient s'entendre du demandeur qui, ayant reçu le *vadimonium*, ferait lui-même défaut *in jure*. Mais ce point de vue est inadmissible, car le demandeur n'a rien promis, et son défaut ne peut avoir d'autre conséquence que de faire réputer le *vadimonium* non avenu.

(3) Même en dehors de tout dol et de toute faute, la *desertio vadimonii* a pour effet de rendre exigible la peine promise, et cela parce que dans tous les cas elle fait accomplir la condition qui tenait la promesse en suspens. Mais ce n'est là qu'une satisfaction donnée à la théorie pure : en pratique, une exception de dol paralyse la demande de la peine (L. 2 §§ 1 et s., *Si quis caut.*, II, 11). A plus forte raison faut-il croire que la *missio in possessionem*, qui dépend d'une *cognitio prætoria*, n'est point accordée, lorsque le défendeur qui manque au *vadimonium* n'a rien à se reprocher.

(4) Contre ce cumul on peut être tenté d'alléguer deux textes (L. 5 §§ 1 et 2, *Si quis caut.*, II, 11). Paul suppose que deux débiteurs étant tenus *ex eadem causa* envers le même créancier, l'un d'eux a fourni la *cautio in jure sistendi* et manque à son engagement. Dès lors la peine est encourue par ce débiteur ; mais si le créancier poursuit l'autre, elle cesse d'être exigible. Cette décision ne me contredit en aucune façon : elle s'explique par cette considération que le créancier qui obtient

in jure, ne veut point accepter la formule (*Lex Rubr.*, cap. 22); 4° enfin il est actuellement exilé par suite d'une condamnation. Ce qui explique ici la sévérité de l'édit, c'est que la non-comparution est une conséquence, au moins indirecte, du crime qui a fait condamner l'*indefensus* (L. 13, *Quib. ex caus. in poss.* — Cic., *pro Quint.*, 19 et 28).

Au surplus, même dans les cas que je viens d'énumérer, il paraît que le décret qui prononce l'envoi en possession n'établit qu'une simple présomption contre le défendeur, et que celui-ci peut empêcher la vente et faire annuler l'envoi en possession en prouvant que l'action aurait certainement échoué soit par l'effet d'une exception ou d'un moyen de défense tiré du fond, soit même à raison de l'incompétence du magistrat (L. 2 § 3; L. 7 § 14. *Quib. ex caus. in poss.* — L. 9, C., *De bon. auct. jud.*, VII, 72 (1).

Voici maintenant deux ordres de cas où l'envoi en possession n'est prononcé qu'à titre conservatoire : 1° le défendeur est absent *reipublicæ causa* ou captif chez les ennemis, et d'une manière plus générale son absence n'implique ni dol ni faute. Le principe est que la *bonorum venditio* doit être ajournée jusqu'à son retour (L. 4, C., *De rest. mil.* II, 51. — L. 21 § 2, *Ex. quib. caus. maj.*, IV, 6. — L. 6 § 2, *Quib. ex caus. in poss.* — L. 39 § 1, *De reb. auct. jud*,, XLII, 5. — Paul, V, 5b § 2) (2); 2° l'*indefensus* est un incapable, tel qu'un pupille, un fou ou une autre personne en curatelle. Ici la *bonorum venditio* est interdite, en principe, tant que subsiste l'incapacité. Cependant elle est de plein droit permise lorsqu'il s'agit d'une obligation dont l'incapable n'est tenu qu'à titre d'héritier, et en dehors de ce cas le magistrat peut *cognita causa* autoriser une vente totale ou partielle (L. 3 pr., § 3; L. 5 pr. et § 1; L. 7 §§ 10 à 12, *Quib. ex caus. in poss.* — Paul, V, 5b § 1) (3).

une formule contre le débiteur étranger au *vadimonium* renonce à tous ses droits contre l'autre. On remarquera d'ailleurs que dans l'hypothèse spéciale d'un *vadimonium* fourni *in jure*, l'exclusion du cumul aurait quelque chose d'absurde, car comme la peine promise est toujours, à l'exception de deux cas (n° 752), inférieure de moitié au moins à l'intérêt litigieux, le demandeur opterait presque infailliblement pour la *missio in possessionem*. Le contraire ne se concevrait qu'autant que la non existence de son droit serait à peu près évidente.

(1) C'est ainsi que dans le plaidoyer *pro Quintio* (10 et s.) Cicéron cherche à prouver que son client ne devait rien, afin de conclure à la nullité de l'envoi en possession et à l'impossibilité de la vente.

(2) Faut-il admettre dans cette hypothèse les tempéraments qui vont être indiqués sur la suivante? Je le pense.

(3) C'est peut-être par allusion à ce pouvoir du magistrat que les biens du mi-

III. — ANALYSE DES ÉLÉMENTS ESSENTIELS DE LA FORMULE.

756. Toute formule, je l'ai déjà dit (nº 731), comprend deux choses: d'abord l'institution du juge ou des récupérateurs, que nous trouvons invariablement placée au début (Gaius, IV, §§ 34, 36, 37, 46, 47, 136. — Cic., 2ª *act. in Verr.*, II, 12. — *Lex Rubria*, cap. 20) (1), puis une instruction qui détermine leurs pouvoirs. Dans un sens étroit, c'est cette instruction qu'on appelle plus spécialement formule (Gaius, IV, § 39). Or, elle contient ou peut contenir deux sortes de parties, les unes essentielles, les autres accessoires. *Demonstratio*, *intentio*, *adjudicatio* et *condemnatio*, c'est sous ces noms et dans cet ordre que nous apparaissent les parties essentielles (2). Mais il ne faut pas se méprendre sur le sens de cette qualification : je ne veux pas dire qu'en fait, ces quatre parties figurent nécessairement dans une formule quelconque, car cela n'est vrai que de l'*intentio;* mais les trois autres elles-mêmes, chacune dans des cas plus ou moins nombreux et la *condemnatio* presque toujours, peuvent être nécessaires à raison de la nature et du but de l'action, et alors la formule où elles manqueraient sera incomplète et nulle: elle n'organiserait pas de *judicium*. Quant aux parties accessoires, ce sont les exceptions (3) et les *præscriptiones*. Mais ici encore, entendons-nous bien. Quand le magistrat insère dans la formule une exception ou une *præscriptio*, c'est toujours pour conserver les droits de l'un des plaideurs, et en ce sens une telle insertion peut être regardée comme essentielle; mais elle n'est jamais commandée que par des circonstances accidentelles, non par la nature de l'action, et il n'y a pas une seule formule qui ne puisse être délivrée sans exception ni *præscriptio*. Voilà pourquoi ces parties sont qualifiées accessoires.

Pour le moment je me bornerai à l'analyse des parties essentielles,

neur de vingt-cinq ans *indefensus* sont présentés comme pouvant être vendus (L. 5, *De reb. auct. jud.*, XLII, 5). Cette interprétation nous évitera de trouver Ulpien en contradiction avec lui-même (L. 7 § 12, *Quib. ex caus. in poss.*).

(1) La nomination du juge n'a pas besoin de lui être connue pour valoir et par conséquent n'exige pas sa présence (L. 39 pr., *De jud.*, VI, 1).

(2) Quelques interprètes croient que l'*adjudicatio* précédait l'*intentio*. Mais la marche suivie par Gaius (IV, §§ 39 à 42) prouve que cela n'est point exact.

(3) Sous le nom d'exceptions je comprends ici les répliques, dupliques, tripliques, etc.

Quant aux exceptions, lès envisageant dans le fond plus encore que dans la forme, et considérant qu'à ce point de vue elles survécurent à la procédure formulaire, je les étudierai comme moyens de défense après avoir exposé les diverses classifications des actions. La même méthode s'appliquera, pour les mêmes raisons, aux *præscriptiones a parte rei*. Enfin, à cause de la ressemblance de forme qu'il y a entre toutes les *præscriptiones*, et quoique celles qui sont insérées *a parte actoris* aient tout à fait disparu avec les formules, je les joindrai aux précédentes au moins en ce qui concerne l'exposé des idées générales.

757. De la *demonstratio*. — Indiquer l'objet du *judicium*, tel est, nous dit Gaius (IV, § 40), le but principal de cette première partie, et il nous la montre ainsi conçue : *quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit*, ou *quod. A^s. A^s. apud N^m. N^m. hominem deposuit* (1). Envisagés dans la forme, ces deux modèles ne sont pas tout à fait complets : il paraît que, pour mieux souligner le fait, on ajoutait ces mots *qua de re agitur*, ou *quo de agitur*, (Gaius, IV, § 47), addition assez inutile et dont Cicéron se moque (*pro Murena*, 13) (2). Du reste le tour et la conception générale de la phrase rappellent ici la formule solennelle par laquelle débutait la *manus injectio* (Gaius, IV, § 21) (3). L'imitation ne saurait être plus visible. Que si de la forme nous passons au fond, les modèles fournis par Gaius contiennent deux choses : d'abord la cause de l'action exprimée par son nom technique, c'est ici une vente ou un dépôt; puis l'indication de l'objet du droit, dans l'espèce, c'est un esclave. Mais ces deux éléments se trouvent-ils dans toute *demonstratio?* Gaius (IV, §§ 136 et 137) nous en présente une ainsi conçue : *quod Aulus Agerius de Numerio Negidio incertum*

(1) Dans le formulaire de la procédure romaine, le demandeur s'appelle à peu près toujours Aulus Agerius, et le défendeur Numerius Negidius. Pourquoi ces noms? Agerius et Negidius s'expliquent par leur étymologie, Agerius équivalan à *qui agit* et Negidius à *qui negat*. Que si l'on donne à Agerius le prénom d'Aulus, et à Negidius celui de Numerius, il n'y a là que deux allitérations en elles-mêmes assez puériles, mais qui peut-être paraissaient renforcer le sens naturel des mots Agerius et Negidius.

(2) Le même auteur y fait mainte allusion (*De inv.*, I, 82 et 103; *Top.*, 25; *Brutus*, 79; *De orat.*, I, 48). Au surplus, quand la formule n'a pas de *demonstratio*, c'est dans l'*intentio* que ces mots figurent (Gaius, IV, 864).

(3) J'ai signalé déjà (n°s 742 et 743) les formules *aio te mihi dare oportere, judicem arbitrumve postulo uti des*, l'une dans l'action *sacramenti* en matière personnelle, l'autre dans la *judicis postulatio*. Si nous avions des documents plus complets, nous y verrions très probablement qu'avant de prononcer ces formules, le demandeur exprimait la cause et l'objet de sa prétention, comme il le faisait dans la *manus injectio*, et en une forme semblable.

stipulatus est, ce qui nous autorise à croire que dans l'action *ex stipulatu incerta*, et peut-être dans toute *condictio incerti*, l'objet du droit n'était point indiqué (1). Quant à la cause de l'action, il serait incompréhensible qu'elle ne figurât pas dans toute *demonstratio*. Mais la manière de l'exprimer n'est pas toujours celle que Gaius nous fait connaître. Ainsi l'on a déjà vu que dans l'action *præscriptis verbis* la dénomination technique est forcément remplacée par une description du fait (T. II, p. 580, note 2). Et des textes précis nous révèlent une particularité semblable en ce qui concerne l'action *injuriarum* : c'est que la *demonstratio* se borne à spécifier le fait constitutif du délit et ne contient pas le mot *injuriæ* (*Coll. leg. mos.*, tit. II, cap. 6, §§ 1 à 5. — Gaius, IV, § 60) (2).

A. Maintenant, quelles sont les actions dont la formule n'a pas de *demonstratio?* Il y en a trois classes, savoir : 1° les actions *in factum*, ainsi que je le démontrerai tout à l'heure (n° 760); 2° les actions *in rem*, car nous y trouvons la nomination du juge immédiate-

(1) En ce qui concerne l'action *ex stipulatu*, cette conjecture me paraît tout à fait justifiée par l'observation suivante : jamais on ne permet aux affranchis d'exercer contre leur patron une action dont la formule mentionne un dol, et cependant l'action résultant d'une stipulation *de dolo* ne leur est pas refusée, ce qui implique bien que l'objet du contrat n'est point exprimé dans la formule (L. 5 § 1, *De obseq. par.*, XXXVII, 15. — L. 5 § 16, *De dol. mal. et met. except.*, XLIV, 4). Voici, au surplus, comment je m'explique la rédaction rapportée par Gaius : si la *demonstratio* devait indiquer l'objet, il pourrait arriver qu'elle contînt trop ou trop peu, et alors, comme elle sert de base à l'*intentio*, celle-ci elle-même serait ou trop étendue ou trop restreinte. *Plus petitio* ou *minus petitio*, tel est donc le double écueil auquel le demandeur échappe ici, grâce à l'incertitude de la *demonstratio*. On remarquera que ces écueils ne sont point à craindre dans les actions de bonne foi. Là la *demonstratio* indique l'objet; mais, si elle l'exagère ou le diminue, il en résulte simplement que rien n'est déduit en justice, et cela sans doute à cause des mots *ex fide bona* qui restreignent la portée de l'*intentio*.

(2) D'après Ulpien (L. 7 pr., *De inj.*, XLVII, 10), c'est à cause du caractère infamant de l'action *injuriarum* que les faits devraient être spécifiés. Il y aurait donc en cela aussi, une dérogation au droit commun. Mais ce point de vue ne paraît guère acceptable. Car si l'on n'agit point en vertu d'une vente sans dire ce que l'on a vendu, comment concevoir qu'on se prétende injurié sans dire en quoi l'injure consiste? Et d'une manière plus générale, puisque la *demonstratio* indique l'objet du contrat, ne doit-elle pas, le cas échéant, indiquer l'objet du délit (Paul, II, 31 § 22)? Tout ce qu'il y a par conséquent d'exceptionnel en cette matière, c'est l'omission du mot *injuriæ*, du mot technique et général qui désigne le délit, et cette omission est assez facile à expliquer. Il est probable que les Douze Tables énonçaient d'une façon précise quelques-uns des faits qui seraient réprimés comme injures (Paul, V, 4 § 6). Cela étant, on s'habitua dans les formules des *legis actiones* à préciser le fait injurieux au lieu de se borner à l'allégation générale d'une injure, et nous savons que c'est dans ces formules que le préteur alla chercher ses modèles de *demonstratio*.

ment suivie de l'*intentio* (Gaius, IV, §§ 34 et 36. — Cic., 2° *act. in Verr.*, II, 12). Du reste il n'est pas difficile de justifier la différence que l'on fait ici entre l'action personnelle et l'action réelle. En effet, une même personne peut me devoir la même chose plusieurs fois, c'est-à-dire en vertu de diverses causes (L. 10, *De act. empt.*, XIX, 1), d'où il résulte que, lorsque j'agis contre mon débiteur, la formule doit déterminer la cause de ma demande, afin de déterminer du même coup l'objet du *judicium*. Au contraire, une chose qui est ma propriété ne l'est nécessairement qu'une fois et en vertu d'une seule cause (L. 3 § 4, *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2. — L. 159, *De reg. jur.*), et par conséquent, lorsque je la revendique, il est inutile que la formule dise sur quoi j'appuie ma prétention, il me suffira de le dire devant le juge. Quant à l'intérêt pratique de cette différence, il se rapporte à l'effet de la *deductio in judicium*, et le voici : après avoir intenté une première action personnelle, et quel qu'en ait été le résultat, je puis sans difficulté en exercer une seconde *de eadem re* et *adversus eumdem*, pourvu que je la fonde sur une cause différente, tandis que par une seule action *in rem* j'épuise absolument mon droit d'agir relativement à la même chose et contre la même personne, ou, ce qui revient au même, je ne puis agir à nouveau qu'en vertu d'une acquisition postérieure à l'exercice de ma première action (L. 11 §§ 1, 4 et 5; L. 14 § 2, *De except. rei jud.*, XLIV, 2) (1); 3° les *condictiones certi*. Quant à la *condictio certæ pecuniæ*, Cicéron (*Pro Rosc. com.*, 4 et 5) nous fournit une preuve décisive qu'elle n'a pas de *demonstratio*. En effet, voulant établir que son client ne doit pas la somme

(1) Dans la loi 14 § 2, ces mots *non expressa causa ex qua rem meam esse dico* peuvent se traduire ainsi : *attendu que je n'exprime pas la cause du droit de propriété que j'allègue*, et alors ils feraient précisément allusion à l'absence de *demonstratio* dans l'action *in rem*. Mais on peut aussi les traduire de cette façon : *dans les cas où je n'exprime pas la cause du droit de propriété que j'allègue*, et alors ils signifieraient que dans l'action *in rem* la cause est tantôt exprimée, tantôt omise, et c'est le sens qu'ont adopté les compilateurs des *Basiliques* (LI, 2, 12). La première traduction me paraît plus exacte, parce qu'elle aboutit à établir, ce qui est le but nettement exprimé du texte, une antithèse générale entre les actions réelles et les personnelles. Mais la seconde exprime néanmoins une idée vraie; en effet, si le demandeur a de justes motifs pour ne pas déduire *in judicium* toutes les causes d'acquisition de la propriété, il peut agir *causa adjecta* (L. 11 § 2, *De except. rei jud.*). Cela veut-il dire que l'action *in rem* aura alors une *demonstratio*? Évidemment non, car la forme d'une action ne varie pas selon les hypothèses. Mais l'*adjectio causæ* fera l'objet d'une *præscriptio*. On verra plus tard, en effet, que tel est le moyen de procédure mis au service du demandeur qui veut restreindre l'objet de la *deductio in judicium*.

de cinquante mille sesterces qui lui est demandée, il prétend d'abord que cette dette, si elle existe, ne peut dériver que d'une numération, d'une stipulation, ou d'une *transcriptio*, puis il s'attache à démontrer successivement que dans l'espèce on ne trouve aucune de ces trois causes. Or, évidemment, si la formule délivrée contre Roscius avait eu une *demonstratio*, une seule cause y aurait été exprimée, et c'eût été la seule aussi sur laquelle l'avocat se serait cru obligé de s'expliquer. Quant aux autres *condictiones certi*, je ne puis établir avec certitude qu'elles manquassent de *demonstratio*. Mais si ce n'est là qu'une hypothèse, elle est au moins bien vraisemblable. Rappelons-nous, en effet, que, dans le langage le plus ordinaire, l'action née d'une stipulation *certa* garde le nom générique de *condictio* au lieu de s'appeler action *ex stipulatu* (n° 513). Or pourquoi cela ? parce qu'en général c'est la cause indiquée dans la *demonstratio* qui fournit à une action personnelle sa dénomination spéciale, celle qui la sépare des autres actions comprises dans le même genre. Mais ici une dénomination spéciale était impossible, si l'on admet que la *condictio certi* n'a pas de *demonstratio* (1).

758. De l'*intentio*. — C'est dans cette seconde partie que le demandeur exprime sa prétention, ou, si l'on veut, pose ses conclusions (*concludit desiderium suum*). Gaius (IV, § 41), qui nous donne cette définition, la fait suivre de trois exemples : 1° *si paret N^m. N^m. A^o. A^o. sestertium decem millia dare oportere*. Il s'agit ici d'une action personnelle, comme le montrent clairement les mots *dare oportere*, mots que le Préteur emprunte à la vieille procédure du *sacramentum* appliquée aux droits de créance. Seulement l'affirmation se convertit, sous sa plume, en une condition. Le demandeur disait jadis *aio dare oportere*, le Préteur dit *si paret dare oportere*; 2° *quidquid paret N^m. N^m. A^o. A^o. dare facere oportere*. C'est encore ici une *intentio* d'action personnelle, mais qui ne répond pas aussi bien que la précédente à la définition de Gaius, car elle laisse la prétention du demandeur dans le vague, elle ne se précise que par son rapport avec la *demonstratio* ; 3° *si paret hominem ex jure Quiritum A^i. A^i. esse*. Dans ce troisième cas les mots *ex jure Quiritium rem esse* dénotent une action réelle, et eux-mêmes dérivent de la formule *aio hanc rem meam esse ex jure Quiritium*, que les parties prononçaient l'une après l'autre dans la

(1) Toute action non comprise dans les trois catégories qui précèdent avait-elle une *demonstratio*? On peut en douter. Notamment il semble que l'action *furti* n'en eût pas quand elle était exercée par ou contre un pérégrin (Gaius, IV, § 37).

revendication exercée *per sacramentum*. Mais, ici comme tout à l'heure, le magistrat substitue la forme conditionnelle à la forme affirmative. Du reste, on remarquera que, tandis que les deux précédentes *intentiones* contenaient les noms des deux plaideurs, celle-ci ne nomme que le demandeur (1). Si je m'arrête à relever cette différence de rédaction, ce n'est pas pour en tirer des conséquences, mais pour montrer qu'elle n'est elle-même qu'un accident déterminé par une différence supérieure, celle du droit de créance et du droit réel (2). En effet, l'on ne peut être créancier que d'une personne déterminée ; mais quand on est propriétaire, on l'est à l'égard de tout le monde, et par conséquent celui qui se dit créancier ne donne un énoncé clair et complet de sa prétention qu'autant qu'il nomme le débiteur, tandis que celui qui affirme sa qualité de propriétaire n'a pas besoin d'indiquer autre chose que l'objet de son droit. Au surplus, il faut se garder ici de poser une règle trop absolue : ainsi dans l'action négatoire, qui est réelle, l'*intentio* nomme le défendeur (L. L. 12 et 13, *Si serv. vind.*, VIII, 5), et dans l'action *quod metus causa*, qui est personnelle, elle ne le nomme pas (L. 9 § 8 ; L, 14 § 3, *Quod met. caus.*, IV, 2).

L'*intentio* est certainement la partie la plus importante de la formule, et cela à un double point de vue : d'abord, comme il n'y a pas de demande sans but, il n'y a pas non plus de formule sans *intentio*, et même on rencontre une classe entière d'actions dont la formule se réduit à cette partie, ce sont les *præjudicia* (Gaius, IV, § 44). En second lieu, les principaux caractères de l'action viennent presque toujours se réfléchir dans *l'intentio* ; en effet, les détails de sa rédaction varient selon que l'action est civile ou honoraire, directe ou fictice, réelle ou personnelle, de bonne foi ou de droit strict, arbitraire ou non arbitraire, etc. Aussi pourrait-on sans beaucoup d'effort rattacher à *l'intentio* l'étude des principales classifications des actions.

(1) On peut donc dire que cette dernière *intentio* est *in rem* et les deux autres *in personam*. En effet *in rem* signifie *generaliter*, et *in personam* implique désignation d'une personne déterminée. Ce langage se rencontre dans des matières très diverses (L. 7 § 8, *De pact.*, II, 14. — L. 9 §§ 1 et 8, *Quod met. caus.*, IV, 2. — L. 8 § 4, *De lib. leg.*, XXXIV, 3. — L. 2 §§ 1 et 2 ; L. 4 § 33, *De dol. mal. et met. except.*, XLIV, 4. — L. 1 § 3, *Quar. rer. act.*, XLIV, 5. — L. 5 § 2, *De pec. const.*, XIII, 5. — L. 10, *De op. nov. nunt.*, XXXIX, 1. — L. 12 pr., *De reb. auct. jud.*, XLII, 5).

(2) Rappelons-nous les formules par lesquelles le demandeur affirme son droit dans la procédure du *sacramentum*. La même diversité de rédaction s'y trouve déjà. Dans l'action personnelle il dit *aio te mihi dare oportere*, dans l'action réelle *aio rem meam esse* (n° 742).

Mais une telle méthode serait étroite, parce qu'en général la rédaction de *l'intentio*, bien loin de déterminer le caractère de l'action, n'en est elle-même qu'une dépendance.

759. M'attachant seulement à la forme générale des *intentiones*, je les classerai de deux manières :

1° Elles sont *certæ* ou *incertæ* : *certæ*, lorsqu'elles déterminent absolument l'objet et l'étendue de la demande, par exemple je me dis créancier de dix mille sesterces ou propriétaire de tel esclave ; *incertæ*, toutes les fois que cette précision fait défaut. Il est donc visible que des trois modèles précédemment empruntés à Gaius, deux appartiennent à la première classe, un seul à la seconde. On voit aussi que les *intentiones certæ* se subdivisent en deux classes : les unes ont pour objet *certa pecunia*, les autres *certa alia res*. Entre l'*intentio certa* et l'*intentio incerta*, il y a une différence générale de formes : l'une se présente sous l'apparence d'une condition qui, vérifiée, fera condamner le défendeur, et, non vérifiée, le fera absoudre (1). L'autre, bien qu'elle ait au fond la même portée et le même effet, ne revêt pas la tournure conditionnelle : au lieu de *si paret*, etc., elle porte *quidquid paret*, etc. (2). Plus spécialement, si nous envisageons les *intentiones* des actions personnelles, la différence de rédaction est saillante selon qu'elles sont *certæ* ou *incertæ* : *certæ*, elles ne contiennent que le mot *dare*, et cela parce qu'il n'y a d'obligations certaines que parmi celles de donner ; *incertæ*, elles ajoutent au mot *dare* (3) l'un des mots *facere* ou *præstare* ou même tous les deux (4). Maintenant dans quels cas l'*intentio* sera-t-elle *certa*, dans

(1) La condition n'est qu'apparente ; car elle ne se rapporte pas à l'avenir (n° 533).

(2) Ou une autre forme analogue, par exemple dans la *vindicatio incertæ partis* : *quantam partem paret in eo fundo illius esse* (Gaius, IV, § 54).

(3) Le mot *dare* figurait, paraît-il, dans l'*intentio* de toute action personnelle *incerta*. Ainsi on le trouve dans l'*intentio* de l'action *depositi*, bien que le dépôt n'engendre aucune obligation de donner (Gaius, IV, § 47).

(4) Le mot *præstare* ne se rencontre dans aucune *intentio* à nous connue, et bien des interprètes admettent en conséquence qu'il était absolument exclu de cette partie de la formule. Mais l'opinion contraire trouve, selon moi, une base solide dans la définition des actions personnelles, telle que nous la donne Gaius (IV, § 2) : ce sont celles *quibus intendimus dare, facere, præstare oportere*. Et en effet, si l'action dérive d'une stipulation qui contienne le mot *præstare*, ne faut-il pas que l'*intentio* le reproduise (Gaius, IV, § 53 *in fine*)? Du reste il y a une *intentio* tout à fait exceptionnelle, c'est celle de l'action *furti*, où tous ces mots sont remplacés par ceux-ci *pro fure damnum decidere oportere* (Gaius, IV, §§ 37 et 45). Plusieurs textes du Digeste font allusion à cette rédaction spéciale(L. 9 § 2, *De min.*, IV, 4. — L. 46 § 5 ; L. 46 § 5 ; L. 61 § 1, *De furt.*, XLVII, 2). Mais comment l'expliquer? On a conjecturé, en s'attachant surtout au mot *damnum*, que pri-

quel cas *incerta*? Je distingue entre les actions personnelles et les actions réelles. Dans les actions personnelles, la rédaction de l'*intentio* dépend du caractère de l'obligation (1); je renvoie donc aux règles déjà exposées sur la distinction de l'obligation certaine et de l'obligation incertaine (nos 512 à 514). Quant aux actions réelles, elles ont en général une *intentio certa*, parce que l'objet et l'étendue d'un droit de propriété sont nécessairement déterminés. Cependant il peut arriver, dans des cas tout à fait exceptionnels, que l'on ait besoin d'intenter une action réelle et qu'on ait une juste raison d'ignorer, non pas l'objet, mais la quotité de son droit, et le Préteur donne alors une action *incertæ partis* dont j'expliquerai plus loin la nécessité et le but (n° 863).

2° De toutes les *intentiones* que j'ai reproduites ou étudiées jusqu'à présent, l'on dit qu'elles sont *in jus conceptæ* (2), et par voie de conséquence on applique la même qualification à la formule elle-même. Ce langage signifie que la rédaction adoptée par le Préteur met en relief l'idée d'un droit; cette idée se dégage, dans les actions personnelles, du mot *oportere*, dans les actions réelles, des mots *rem ex jure Quiritium illius esse* (Gaius, IV, § 45). Mais il y a d'autres formules qu'on appelle *in factum conceptæ*. Celles-ci se composent seulement de deux parties. Je n'ai point à insister sur la seconde, qui est une *condemnatio* conçue dans les termes ordinaires. Mais le caractère de la première est contesté. Pour quelques interprètes, c'est une *demonstratio*; le plus grand nombre, et avec raison, y voient une *intentio*. Voici d'abord comment elle est conçue : *si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius prætoris in jus vocatum esse*, ou encore : *si paret* A^m. A^m. *apud* N^m. N^m. *mensam argen-*

mitivement l'action *furti* était mixte et ne pouvait se cumuler avec aucune action *rei persequendæ gratia*. Mais cette idée ne s'appuie sur aucun texte. Je proposerais donc volontiers une autre conjecture : il faut envisager l'*intentio* dans son enchaînement avec la *condemnatio*. Or les mots *si paret pro fure damnum decidere oportere* signifient : s'il paraît que le voleur doit s'entendre avec le volé sur la réparation du dommage causé par le vol, et la *condemnatio* exprime ensuite que la peine doit comprendre le double ou le quadruple de cette réparation. Le sens de cette *intentio* est donc que la quantité à doubler ou à quadrupler n'est pas la valeur de la chose volée, mais bien le montant du dommage.

(1) De là une conséquence : quand un droit d'usufruit ou d'hérédité fait l'objet d'une action *in rem*, l'*intentio* est *certa*. Elle est au contraire *incerta*, si ces droits font l'objet d'une simple action personnelle, par exemple si je demande l'exécution d'une stipulation d'usufruit ou d'une vente d'hérédité.

(2) On les appelle aussi *intentiones juris civilis*. La synonymie des deux expressions est démontrée par plusieurs textes de Gaius (IV, §§ 45, 106 et 107).

team deposuisse, eamque dolo malo N^i. N^i. A^o. A^o. *redditam non esse* (Gaius, IV, §§ 46 et 47). Le Préteur, on le voit, subordonne ici la condamnation à la simple vérification d'un fait. Sans doute cela implique qu'à ses yeux ce fait ne peut être vrai sans donner naissance à un droit. Mais ce droit, les expressions employées ne le révèlent pas; il s'enveloppe et se dissimule sous la description du fait : on le devine plutôt qu'il ne s'annonce. Reste à prouver que cette première partie de la formule *in factum* est bien une *intentio*. A la vérité, par cela même qu'elle se réduit à l'énoncé d'un fait, elle ressemble fort à une *demonstratio*, et je conviens qu'elle répond mal à la définition de *l'intentio*, car on n'y trouve pas de conclusions proprement dites. Mais d'autre part, elle est conçue dans la forme conditionnelle qui est propre aux *intentiones* (*si paret*) ; et ce qui est plus décisif, la moindre exagération qu'elle contient entraîne pour le demandeur la déchéance attachée à la *plus petitio* (Gaius, IV, § 60) (1). Or la *plus petitio*, c'est Gaius qui en témoigne (IV, §§ 59 et 58), ne résulte jamais que de *l'intentio*, non de la *demonstratio*.

Maintenant *l'intentio in factum* sera-t-elle *certa* ou *incerta ?* Nous venons de voir qu'elle peut contenir une *plus petitio*, et Gaius (IV, § 54) nous apprend qu'il n'y a pas de *plus petitio* possible dans les *intentiones incertæ*. La question est donc toute tranchée (2).

760. De l'*adjudicatio*. — On appelle ainsi la partie qui confère au juge le pouvoir de transférer la propriété de l'un des plaideurs à l'autre (3), et l'on sait déjà qu'elle ne se rencontre que dans trois formules, celle des deux actions en partage et celle de l'action *finium regundorum* (nº 248). Elle est ainsi conçue : *quantum adjudicari*

(1) Chose remarquable, en parlant ici de la première partie de la formule *in factum*, Gaius emploie trois fois le mot *demonstrare*. Mais ce langage ne saurait prévaloir sur le fond des choses.

(2) On ne devra pas s'étonner que l'*intentio in factum* soit *certa*, alors que l'obligation de faire est nécessairement *incerta* (nº 512). En effet le *certum* s'apprécie à deux points de vue tout différents. Dans une obligation il faut que la quantité due apparaisse avec évidence, dans une *intentio*, il suffit que l'examen du juge soit limité à une question absolument précise ; or que peut-on lui demander de plus précis que de décider si tel fait est vrai ou faux ?

(3) Les mots *adjudicare* et *adjudicatio* désignent aussi l'attribution de propriété faite en vertu de ce pouvoir. Enfin dans un sens tout à fait différent et qui n'a rien de technique ni même d'exact, ils s'emploient quelquefois à propos de la sentence purement déclarative qui reconnaît l'existence d'un droit réel. C'est ainsi que l'on dit *adjudicare hominem in servitutem*, *adjudicare rem* ou *hypothecam* (Cic., *Div. in Cecil.*, 17. — L. 16 § 5, *De pign. et hyp.*, XX, 1. — L. 12 pr., *Qui pot.*, XX, 4. — L. 63 § 1, *De evict.*, XXI, 2).

oportet, judex Titio adjudicato (Gaius, IV, § 42). Je me bornerai à deux observations : 1° l'*adjudicatio* ne nomme que le demandeur, c'est donc seulement en sa faveur qu'elle autorise une attribution de propriété, et pourtant il faut que le juge puisse faire des adjudications à toutes les parties. Comment donc le pourra-t-il? La réponse est fort simple, si l'on réfléchit que, dans nos trois hypothèses, chaque plaideur joue le double rôle de demandeur et de défendeur, et si l'on admet qu'en conséquence chacun obtient une formule (1) ; 2° l'*adjudicatio* est nécessairement *incerta ;* et, en effet, quelle devra être l'étendue des diverses adjudications, et même y aura-il lieu d'en prononcer une au profit de chaque partie, ce sont des questions qui ne peuvent être résolues d'avance.

761. De la *condemnatio* (2). — Gaius (IV, § 43) la définit la partie de la formule qui confère au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre, et il nous en donne trois modèles qui tous justifient ce que j'ai précédemment avancé, savoir, que la formule est adressée au juge lui-même. Les voici : 1° *judex, N^m. N^m. A^o. A^o. sestertium decem millia condemna ; si non paret, absolve ;* 2° *judex, N^m. N^m. A^o. A^o. duntaxat decem millia sestertium condemna ; si non paret, absolve ;* 3° *quanti ea res erit, tantam pecuniam, judex, N^m. N^m. A^o. A^o. condemna; si non paret, absolve* (Gaius, IV, §§ 50 et 51) (3). Avant d'entrer dans l'analyse spéciale de ces *condemnationes*, arrêtons-nous un instant sur

(1) Ceux qui ne veulent pas admettre ici la délivrance de plusieurs formules lisent, au lieu de *Titio, cui oportet*. Mais cette leçon est contraire au texte du manuscrit de Vérone.

(2) Le mot *condemnatio* ne désigne pas seulement la partie de la formule dont il va être ici question. Fort souvent il s'applique à la sentence de condamnation prononcée par le juge (L. 14 §§ 2 et 11, *Quod met. caus.*, IV, 2. — L. 16 § 3, *De pign. et hyp.*, XX, 1, — Gaius, III, § 180).

(3) Ces trois modèles de *condemnatio* se retrouvent dans un autre texte de Gaius (IV, § 43), que visiblement le manuscrit de Vérone n'a pas reproduit avec fidélité. En effet, dans le second modèle, il omet les mots *decem millia sestertium :* mais comme le mot *duntaxat* les appelle avec évidence, les interprètes s'accordent à les rétablir. Quant au troisième modèle, le manuscrit le donne ainsi : *judex N^m. N^m. A^o. A^o. decem millia condemnato, et reliqua, ut non adjiciatur d t*. Il y a là une lacune. On l'a comblée en insérant *duntaxat decem millia* après *adjiciatur*. Cette restitution, indiquée par les deux lettres *d t*, n'a de sens qu'à une condition : c'est qu'avant *condemnato* on supprime *decem millia*, mots que le copiste a évidemment transportés du second modèle au troisième. Sans cette suppression nous n'aurions ici qu'une très inutile reproduction du premier modèle. Je n'insiste pas sur une autre restitution dans laquelle après *adjiciatur* on lit *si non paret, absolvito*. Cette leçon ne tient aucun compte des lettres *d t;* elle suppose que le pouvoir d'absoudre pouvait être sous-entendu, enfin elle aboutit aussi à confondre au fond le premier et le troisième modèle.

l'enchaînement que forment ensemble les diverses parties de la formule, non compris l'*adjudicatio*. On a sans doute remarqué que la *demonstratio* et l'*intentio* ne sont que des membres de phrases, qui, isolés, n'offrent pas de sens complet. C'est la *condemnatio* seule qui vient les rendre intelligibles et en quelque sorte les animer. Pareillement la *condemnatio*, bien que formant un tout au point de vue grammatical, ne tire sa signification juridique que de sa relation avec les parties qui précèdent; bien mieux, les mots qui la terminent *si non paret, absolve* ne valent absolument que par cette relation. Envisagée dans son ensemble, la formule se ramène donc aux deux phrases suivantes : le juge condamnera le défendeur envers le demandeur, si la prétention que celui-ci fonde sur tel fait est vérifiée ; à defaut de cette vérification, le juge absoudra le défendeur. Ces quelques mots suffisent pour faire comprendre qu'en principe la *comdemnatio* n'est pas moins nécessaire que l'*intentio* ; aussi n'y a-t-il qu'une classe de formules où elle manque, ce sont les formules préjudicielles (Gaius, IV, § 44), et là, à raison même de son absence, on est obligé de modifier la rédaction de l'*intentio*, ou lui donne la forme d'une interrogation afin d'obtenir une phrase grammaticale et un sens complet.

762. Sur la forme de la *condemnatio*, je me bornerai à deux observations : 1° bien que le pouvoir de condamner implique celui d'absoudre (L. 3, *De re jud.*, XLII, 1. — L. 37, *De reg. jur.*, L, 17), l'un et l'autre doivent toujours être exprimés; 2° quelle que soit la nature de l'action, les deux parties sont nécessairement nommées dans la *condemnatio* : le défendeur, parce que c'est lui qui doit être condamné ou absous ; le demandeur, parce que c'est en son nom et à son profit que la condamnation, s'il y a lieu, sera prononcée.

Quant au fond, trois idées générales relatives à l'*officium judicis* se dégagent des exemples que j'ai empruntés à Gaius :

1° Le juge n'a pas simplement le pouvoir de condamner ou d'absoudre, c'est pour lui une véritable obligation alternative ; en un mot, il est tenu de juger, comme le prouvent ces formes impératives, *si paret condemna, si non paret absolve*, et comme le constatent d'ailleurs plusieurs textes (L. 13 §§ 3 et 4, *De rec.*, IV, 8. — L. 18 § 14, *De mun.*, L, 4. — L. 13 § 2, *De vac.*, L, 5). Toutefois, il peut dans des circonstances exceptionnelles obtenir la décharge de cette obligation. Aulu-Gelle (XIV, 2) raconte qu'étant juge il se trouva fort embarrassé : le demandeur était d'une probité irréprochable, mais ne fournissait aucune preuve ; le défendeur, au contraire, était connu pour

ses mensonges et ses fraudes, mais il se retranchait derrière ce principe que les dettes ne se présument pas. Le philosophe Favorinus, consulté, fut d'avis qu'il fallait donner gain de cause à la partie la plus honnête. Mais Aulu-Gelle ne put, dit-il lui-même, se résoudre à statuer *de moribus*, et non *de probationibus*, car par là il se fût érigé de juge en censeur. Il jura donc que l'affaire n'était pas claire pour lui (*sibi non liquere*) et échappa ainsi à la nécessité de juger. La conclusion qui résulte de cette anecdote est confirmée par un texte de Paul (L. 36, *De re jud.*, XLII, 1). Mais sans aucun doute le serment *sibi non liquere* ne pouvait être prêté par le juge qu'avec l'autorisation du magistrat, et alors il y avait lieu à la nomination d'un nouveau *judex*.

2° Toutes les fois que le demandeur succombe, sa défaite se traduit bien par l'absolution du défendeur ; mais lui-même n'est jamais condamné et ne peut pas l'être, car c'est un pouvoir que la *condemnatio* ne donne point au juge (1).

3° Les condamnations judiciaires ont pour objet invariable de l'argent. Le demandeur fût-il créancier d'un corps certain, bien mieux son action fût-elle réelle, le juge n'est point autorisé à déduire dans la condamnation l'objet même de la demande (Gaius, IV, § 48) (2). Ce principe a un avantage : il fait dans tous les cas peser les risques sur le débiteur condamné. Mais, en revanche, il a deux inconvénients fort

(1) Ce principe est tout à fait certain, et, quoiqu'il eût disparu sous la procédure extraordinaire, le Digeste nous en a conservé une remarquable application (L. 18 § 4, *Comm.*, XIII, 6). Toutefois un texte de Justinien (L. 14, C., *De sent. et int.*, VII, 45) fait ici quelque difficulté. D'après ce prince, Papinien autorisait le juge non seulement à absoudre le défendeur, mais même à condamner le demandeur en supposant que celui-ci dût à son adversaire une valeur supérieure au montant de sa propre réclamation. Mais bien probablement Papinien n'avait pas en vue un véritable juge ; il voulait plutôt dire que le magistrat, saisi d'une demande rentrant dans le domaine de la *jurisdictio extraordinaria*, pouvait connaître de toutes les demandes reconventionnelles (*mutuæ petitiones*), même peut-être de celles qui par leur nature appartenaient à la *jurisdictio ordinaria*. Une telle doctrine n'a rien de choquant, puisque le magistrat qui juge au fond n'est enchaîné par aucune formule. Ce qui d'ailleurs ajoute à la vraisemblance de cette interprétation, c'est que la question qui aurait été ainsi résolue par Papinien paraît avoir été discutée encore après lui (L 1 § 15, *De extr. cogn.*, L, 13). Rien d'étonnant donc, si elle avait appelé son attention.

(2) Je trouve au Digeste (L. 13 § 1, *De re jud.*, XLII, 1) un texte de Celsus portant que la condamnation est pécuniaire *in omnibus faciendi obligationibus*, ce qui paraît signifier que, dans les obligations de donner, elle peut avoir pour objet la chose même. Mais ce texte ne saurait prévaloir contre l'affirmation si précise de Gaius, et il ne faut voir dans le mot *faciendi* qu'une interpolation de Justinien, et même une interpolation fort peu réfléchie, puisque dans la législation de ce prince le juge peut condamner *ad faciendum* (L. 14, C., *De sent. et int.*, VII, 45).

graves : c'est d'abord, les demandes d'argent mises à part, que le demandeur n'obtient jamais la chose même à laquelle il avait droit; c'est, en second lieu, que dans les actions réelles la conversion de son droit en une simple créance le soumet à la loi du concours avec les autres créanciers, par conséquent l'expose à souffrir de l'insolvabilité du défendeur. Pour expliquer la doctrine romaine, je distinguerai entre les actions personnelles et actions réelles.

En ce qui concerne les actions personnelles, le caractère essentiellement pécuniaire des condamnations remonte aux plus anciens temps, la formule de la *manus injectio* en fait foi (Gaius, IV, § 21) (1). Les Romains, j'imagine, se préoccupèrent avant tout du cas où le condamné serait insolvable et voulurent qu'alors ses créanciers fussent de condition absolument égale. Pour cela il fallait ramener les droits de tous à l'uniformité d'objet. Ce résultat s'obtint par le système des condamnations pécuniaires. De cette façon, lorsqu'à la suite de la *manus injectio* le débiteur avait été vendu et dépouillé de ses biens, rien n'était plus facile à ses créanciers que de se les partager en nature ou de s'en distribuer le prix dans la proportion de leurs droits respectifs. Plus tard, quand la *missio in possessionem* eut remplacé la *manus injectio*, le mode de réalisation et de distribution du gage changea sans doute, mais le principe de l'égalité proportionnelle continua de recevoir satisfaction, grâce au maintien du système ancien relativement à l'objet des condamnations. Quant aux actions réelles, il est certain qu'au temps des *legis actiones* elles aboutissaient à des condamnations en nature (Gaius, IV, § 48). Comment donc la procédure formulaire fit-elle disparaître cet usage qui ne lésait personne et assurait si bien la conservation des droits du demandeur? Je n'en vois qu'une raison. Sous le règne des formules, la *litis contestatio* produit un effet autrefois inconnu : elle substitue au droit déduit en justice un droit nouveau qui, à raison de sa nature contractuelle, consiste toujours en une créance. L'application de la procédure formulaire aux actions réelles eut donc pour conséquence de faire traiter le propriétaire comme un simple créancier; et ce résultat, plus logique que raisonnable, nous explique assez bien pourquoi dans ces matières le *sacramentum* se maintint longtemps en concurrence et, dans une certaine mesure, à l'exclusion du système formulaire (2).

(1) Il ne faudrait pas qu'on m'opposât le § 48, déjà cité, de Gaius. Il dit simplement que jadis les actions réelles avaient pour objet ordinaire la chose même.

(2) On a cherché ailleurs une explication générale du caractère pécuniaire des

763. Reste à classer les *condemnationes*. Or à la simple lecture des trois exemples précédemment rapportés, on aperçoit qu'elles se divisent en deux grandes catégories dont l'une comporte elle-même une subdivision.

Et d'abord toute *condemnatio* a pour objet *certa pecunia* ou *incerta pecunia* (Gaius, IV, § 49). La *condemnatio certæ pecuniæ* ne se présente que dans deux ordres d'hypothèses : 1° dans les *condictiones certæ pecuniæ*, ou, ce qui revient au même, dans les actions personnelles dont l'*intentio* précise la somme due (Gaius, IV, § 50) (1); 2° dans les actions qui ont pour objet la poursuite d'une peine pécuniaire dont le taux est fixé d'une manière invariable par la loi elle-même (Gaius, IV, § 46. —Inst., § 1, *De obl. quæ quas. ex del.*, IV, 5.)

La *condemnatio incerta* se présente elle-même sous deux formes très différentes : tantôt elle contient une *taxatio*, c'est-à-dire un maximum que le juge pourra bien ne pas atteindre, mais qu'il ne saurait dépasser (2); tantôt elle est *infinita* (Gaius, IV, § 50). Dans quels cas donc trouverons-nous la *taxatio?* Dans quels cas ne la trouverons-nous pas? Tout ce que nous savons avec certitude sur cette question se réduit à ceci : il y a une *taxatio* dans l'action d'injure atroce, et dans l'action qui résulte de la stipulation *de damno infecto* (Gaius, III, § 224. — *Lex Rubria*, cap. 20) (3), il n'y en a

condamnations. Les pérégrins, dit-on, ne pouvaient ni subir ni exercer la *manus injectio* et la *pignoris capio*. De là, lorsqu'ils étaient créanciers ou débiteurs d'un Romain, l'usage de condamner à de l'argent et de vendre ensuite les biens du condamné. Cette explication prend pour point de départ le caractère exclusivement quiritaire et national des anciennes voies d'exécution : or, je l'ai dit, ce point de départ n'est pas absolument certain. D'ailleurs il répugne de croire qu'une règle aussi fondamentale que la nôtre n'ait été déterminée que par la considération des pérégrins.

(1) Dans la revendication d'une somme d'argent l'*intentio* a pour objet *certa pecunia*. Pourquoi donc ne pas admettre, par voie de conséquence, la possibilité d'une *condemnatio certæ pecuniæ* dans les actions réelles? parce qu'ici le défendeur qui ne restitue pas doit toujours être condamné au *quod interest*, fixé tantôt par le demandeur, tantôt par le juge lui-même (L. 68, *De rei vind.*, V., 1). Or une *condemnatio certæ pecuniæ* interdit toute recherche du *quod interest*. Au surplus, il y a un cas où la *condictio certæ pecuniæ* elle-même comporte une *intentio incerta* (Gaius, IV, § 68).

(2) La *condemnatio* indique quelquefois une mesure générale que ne pourra excéder la somme allouée au demandeur; ce sera, par exemple, le contenu du pécule, ou l'*in rem versum*. En des cas pareils, il n'y a pas une véritable *taxatio;* car la liberté d'appréciation du juge n'est point limitée à telle ou telle somme.

(3) Y en a-t-il une aussi dans l'action relative au dommage causé *vi hominibus armatis coactisve?* Le passage de Cicéron sur lequel on appuie l'affirmative n'est pas net (*Pro Tull.*, 1, 10).

pas dans les actions *in rem* et dans l'action *ad exhibendum*. Gaius (IV, § 51), qui nous donne ce dernier renseignement, paraît bien indiquer en même temps que la *condemnatio* est aussi *infinita* dans toutes les actions personnelles à *intentio certa*. C'est donc sur les actions personnelles *incertæ* que le doute se concentre. Et s'il fallait émettre une conjecture, j'inclinerais à croire que les Romains distinguaient, parmi ces actions, celles où le juge doit lui-même estimer la condamnation, et celles où il peut à cet effet s'en référer au *juramentum* du demandeur. Dans les premières, la *taxatio* me paraît possible, mais non point obligatoire. Dans les autres, c'est-à-dire notamment dans toutes les actions arbitraires ou de bonne foi, je tiens pour probable qu'elle n'était pas admise (1). En ce sens, j'argumente, par analogie, de ce que Gaius nous apprend relativement aux actions *in rem* et *ad exhibendum*, lesquelles précisément comportent le *juramentum in litem*; je me fonde, en outre, sur ce que, trop ordinairement du moins, le demandeur admis à jurer *in litem* se serait cru autorisé à ne point faire une appréciation exacte, et à ne pas descendre au-dessous du maximum fixé par le magistrat.

Quant à l'intérêt pratique de ces distinctions, il ne se dégage qu'autant que le juge a d'abord reconnu l'exactitude de l'*intentio*. Alors, si la *condemnatio* est *certa*, la somme à laquelle il doit condamner se trouve toute déterminée, et il ne peut l'excéder ou la restreindre sans faire le procès sien (n° 685). Si au contraire la *condemnatio* est *incerta*, sa tâche est beaucoup moins simple : le droit reconnu a besoin d'être liquidé, d'être évalué en argent, car une sentence de condamnation ne saurait avoir pour objet une somme incertaine. Mais, dans cette liquidation, le juge a-t-il toujours sa pleine liberté? Évidemment non : ou il y a une *taxatio*, et alors il doit la respecter sous peine de faire le procès sien (Gaius, IV, 54), ou il n'y en a pas, et alors il ne relève plus que de sa conscience. Cependant une difficulté surgit ici : la *condemnatio infinita* indique que l'appréciation du juge doit avoir pour base *quanti ea res erit*. Or ces mots se réfèrent-ils à la véritable valeur de la chose (*vera æstimatio rei*),

(1) Cependant on a prétendu trouver une *taxatio* dans les actions *empti* et *rei uxoriæ* qui sont de bonne foi (L. 4, C., *De act. empt.*, IV, 49. — L. 3, C., *De inut. stip.*, VIII, 39). Mais les textes qu'on cite n'ont rien de probant. Ils appartiennent à Dioclétien et sont de l'année 290, époque où le système formulaire était à la veille d'être supprimé et en fait avait déjà perdu beaucoup de terrain. Ces raisons me portent à croire que par *taxatio* ils entendent le taux de la condamnation prononcée par le magistrat jugeant lui-même.

ou au *quod interest*, c'est-à-dire à une somme représentant à la fois le dommage éprouvé et le gain manqué par le demandeur, somme très souvent plus forte, mais parfois aussi plus faible que la valeur de la chose? A cet égard il me semble que les textes commandent une distinction. Je remarque que, lorsque la loi ou l'édit emploient les mots *quanti ea res est*, les jurisconsultes les interprètent volontiers comme équivalant à *quod interest*. Ainsi font-ils à propos de la loi Aquilia (L. 2 pr.; L. 27 § 3, *Ad leg. Aqu.*, IX, 2. — Inst., § 10, *De leg. Aqu.*, IV, 3), de l'interdit *uti possidetis* (L. 1 pr.; L. 3 § 11, *Uti possid.*, XLIII, 17), et de l'interdit *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit* (L. 1 pr., § 5, *Ne vis fiat*, XLIII, 4). Je remarque aussi bien des cas particuliers où certainement la condamnation se détermine par le *quod interest* (L. 68, *De rei vind.*, VI, 1. — L. 4 § 7, *De dam. inf.*, XXXIX, 1. — L. 6, *De vi*, XLIII, 16). De tout cela, je conclus volontiers, qu'en règle générale *quanti ea res est* signifie *quod interest*. Mais, selon moi, cette règle ne s'applique pas aux *condictiones*, tout au moins à celles qui dérivent d'une obligation de donner. Ce qui le prouve, c'est qu'ici les jurisconsultes se préoccupent beaucoup de l'endroit et du moment où il faut se placer pour estimer la chose due (L. 22, *De reb. cred.*, XII, 1. — LL. 3 et 4, *De cond. trit.*, XIII, 3) (1). Or ces préoccupations n'auraient pas grand sens si le demandeur avait toujours droit au *quod interest* et n'avait jamais droit qu'à cela (2). Mais, dira-t-on, qu'importe que la condamnation ait pour base régulière le *quod interest* ou la *vera rei æstimatio?* car, l'appréciation du juge restant libre dans tous les cas, la sentence par laquelle il alloue trop ou trop peu au demandeur est nécessairement valable, sauf la réformation possible sur appel. Cette observation est juste en principe; mais supposez que le juge ait expressément déclaré condamner à la *vera æstimatio* alors qu'il devait condamner au *quod interest*, ou réciproquement, ne pourra-t-on pas soutenir qu'il a violé la loi et qu'en conséquence la sentence est nulle de plein droit (L. 19, *De appell.*, XLIX, 1) (3)?

(1) Sur le moment où l'on devait se placer, ces textes prouvent une divergence entre les jurisconsultes. Fallait-il considérer le jour du contrat, celui de la *litis contestatio* ou celui du jugement? Telle était la question.

(2) La distinction que je propose permet d'expliquer deux textes où Ulpien dit que le *quod interest* s'entend de la véritable valeur de la chose (L. L. 179 et 193, *De verb. sign.*, L, 16). Le jurisconsulte se référait évidemment à des cas particuliers, et les compilateurs du Digeste semblent lui faire exprimer une règle générale. De là la difficulté que je viens d'examiner.

(3) Justinien, dans une loi célèbre et obscure (L. unic., C., *De sent. quæ pro*

IV. — DE LA *litis contestatio*.

Lib. IV, tit. XII, *De perpetuis et temporalibus actionibus, et quæ ad heredes vel in heredes transeunt*, § 2. — Superest ut admoneamus, quod, si ante rem judicatam is cum quo actum est satisfaciat actori, officio judicis convenit eum absolvere, licet judicii accipiendi tempore in ea causa fuisset ut damnari debeat; et hoc est quod ante vulgo dicebatur, omnia judicia absolutoria esse (Gaius, IV, § 114).

Reste à faire observer que, si avant le jugement le défendeur donne satisfaction au demandeur, l'office du juge est de l'absoudre, bien qu'au jour de l'engagement de l'instance il eût dû être condamné, et c'est ce qu'autrefois on exprimait ainsi : toutes les instances sont absolutoires.

764. Jadis, au moment où les solennités de la *legis actio* venaient de s'achever, les deux parties s'adressaient en ces termes aux personnes présentes : *testes estote*. D'où l'expression *litis contestatio* pour marquer que l'organisation du *judicium* était chose acquise (Festus, v° *Contestari*) (1). Cet appel à des témoins devint inutile

eo, etc., VII, 47), prétend que des discussions s'étaient élevées jadis sur la quotité possible du *quod interest*. Une telle affirmation ne se comprend guère, puisque l'appréciation du *quod interest* dépend d'une pure question de fait (L. 24, *De reg. jur.*, L, 17). Peut-être ces discussions ne naquirent-elles qu'après la chute du système formulaire, à une époque où sans doute on ne distinguait plus très nettement les *condictiones* des autres actions personnelles, et où l'on voulait que le juge pût toujours allouer des dommages-intérêts. Quoi qu'il en soit, voici les décisions un peu vagues de Justinien : dans les *casus certi*, les dommages-intérêts pourront aller jusqu'au double de ce que l'exécution régulière de l'obligation aurait procuré au créancier; au contraire, dans les *casus incerti*, le *quod interest* se limitera rigoureusement à la perte éprouvée et au gain manqué. La difficulté est de savoir ce que l'empereur entend par *casus certi* et *casus incerti*. J'incline à croire que les premiers se réfèrent aux obligations contractuelles ou quasi-contractuelles, car Justinien cite comme exemples la vente, le louage et tous les contrats. Les *casus incerti* comprendraient donc les obligations *ex delicto*, ce que le texte rend vraisemblable en disant que les peines doivent être modérées si l'on veut qu'elles soient appliquées sérieusement.

(1) Le verbe *contestari* est presque toujours pris au sens actif. Mais il fonctionne aussi comme passif, par exemple dans l'expression *lis contestata*. Quant au mot *lis*, Varron (*De ling. lat.*, VII, 93) nous apprend qu'il signifie proprement *res in controversia*. Du reste on avait discuté s'il fallait dire *lis* ou *res* (Cic., *pro Mur.*, 12).

sous la procédure formulaire. Mais l'expression survécut à l'usage qui lui avait donné naissance. Que signifie-t-elle donc désormais? Son origine nous le dit clairement : elle continue d'exprimer d'une manière générale la clôture de la procédure *in jure ;* seulement, tandis qu'autrefois cette clôture coïncidait avec celle de la *legis actio*, aujourd'hui elle coïncide avec la délivrance de la formule. La *litis contestatio* n'est donc autre chose que le contrat qui se forme à l'instant où la formule est acceptée des deux parties. Aussi voyons-nous bien souvent les expressions *accipere* et *dictare judicium* sortir de leur sens rigoureux et fonctionner comme synonymes de *litem contestari* (L. 31 pr., *De reb. cred.*, XII, 1. — L. 25 § 8, *De æd. ed.* XXI, 1. — L. 65 pr., *Pro soc.*, XVII, 2. — L. 3, *Pro dot.*, XLI, 9. — L. 7, *De sep.*, XLII, 6. — L. 112 pr., *De verb. obl.*, XLV, 1. — L. 13 § 1, *Jud. sol.*, XLVI, 8) (1). En voilà assez pour établir que la *litis contestatio* s'opère *in jure*, et non point *in judicio*. Mais, s'il en fallait d'autres preuves, nombre de décisions particulières nous les fourniraient. Ainsi nous savons qu'à partir de la *litis contestatio*, le *procurator ad litem* ne peut plus être révoqué ou changé par la seule volonté du mandant (LL. 16 et 17 pr., *De proc.*, III, 3). Or ce *procurator* est nécessairement constitué avant la clôture de la procédure *in jure*, puisque son nom figure dans la *condemnatio* (Gaius, IV, §§ 86 et 87). Donc la *litis contestatio* elle-même a bien lieu *in jure*. Veut-on quelque chose de plus formel encore ? Plaçons-nous par hypothèse à l'époque des vacances judiciaires : bien qu'en principe elles excluent l'exercice d'une action quelconque, le créancier dont le droit menace de s'éteindre *tempore* pourra appeler son adversaire devant le magistrat, mais *ad hoc tantum ut lis contestetur* (L. 1 § 2, *De fer.*, II, 12). De même, voici un *legatus provinciæ* que son mandat retient à Rome : nonobstant le *jus revocandi domum* que sa qualité lui confère (T. II, p. 815, note 2), il devra, étant donné le même cas d'urgence, comparaître devant le

Mais certainement *res* s'emploie plutôt lorsqu'on envisage le droit en lui-même; c'est ce que prouvent et l'expression *rem in litem deducere* (L. 31 § 1, *De nov.*, XLVI, 2) et les dénominations comparées des exceptions *litis dividuæ* et *rei residuæ* (Gaius, IV, § 122).

(1) Comme synonymes de *litem contestari*, on trouve encore les expressions suivantes : *ordinare judicium, litem,* ou *causam* (L. 24 pr., §§ 1 à 3; L. 25 § 2, *De lib. caus.*, XL, 12); *inchoare actionem, litem* ou *causam* (L. 21, *De inoff. test.*, V, 2. — L. 54 § 1, *De re jud.*, XLII, 1. — L. 23, C., *De proc.*, II, 13) ; *contestari judicium* (L. 7 § 1, *De her. pet.*, V, 3. — L. 1 § 1, *Sol. matr.*, XXIV, 3) ; *rem in judicium* ou *in litem deducere* (L. 22, *De adm. et per.*, XXVI, 7. — L. 31 § 1, *De nov.*, XLVI, 2).

Préteur *ut lis contestetur* (L. 28 § 4, *De jud.*, V, 1). Mais, dans ces deux hypothèses, c'est seulement après l'expiration des vacances ou après le retour du *legatus* dans sa province que l'affaire sera soumise au juge (1). Ce n'est donc pas *in judicio* que la *litis contestatio* s'opère. Mais alors comment expliquer qu'un rescrit des empereurs Septime Sévère et Caracalla (L. 1, C., *De lit. cont.*, III, 9) la place au moment où les parties ont terminé devant le juge l'exposé de l'affaire? En admettant que ce texte nous soit parvenu sans altération (2), on peut très raisonnablement l'entendre des *cognitiones extraordinariæ*. Car, même dans cette procédure exceptionnelle, il y avait un instant où devaient se produire quelques-uns des effets attachés à la *litis contestatio*, et cet instant demandait à être déterminé d'une manière précise (3).

Des explications qui précèdent, il résulte que les effets de la *litis contestatio* se confondent avec ceux de la délivrance de la formule. Voici l'énoncé des principaux : 1° elle fixe les éléments tant personnels que réels du procès; 2° elle transforme le droit déduit *in judicium;* 3° elle détermine l'époque où le juge devra se reporter pour apprécier l'existence du droit allégué ; 4° elle rend une sentence possible, nonobstant le défaut de l'une des parties. Ces quatre points appellent chacun des développements spéciaux.

(1) Dans l'hypothèse du *legatus provinciæ*, il y aura lieu à une *translatio judicii* (n° 765).

(2) Il est difficile de soutenir que ce rescrit n'appartienne pas aux empereurs Septime Sévère et Caracalla. Car Justinien, même quand il altère le contenu des textes, garde religieusement le nom de leurs auteurs. Pourrait-on avec beaucoup plus de vraisemblance prétendre que la mention du *judex* aurait été substituée à celle du *prætor* ou du *præses*? Je ne le crois pas. En effet, dans les *cognitiones extraordinariæ* le magistrat est un véritable *judex*. Par conséquent le texte, même pris dans le sens restreint que je lui assigne, était très correctement rédigé, et Justinien n'a pas eu besoin d'en modifier la forme pour en élargir le sens et lui faire exprimer de ce qui de son temps était le droit commun (L. 14 § 1, C., *De jud.*, III, 1).

(3) Qu'on admît dans les *cognitiones extraordinariæ* une *litis contestatio* ou quelque chose d'analogue, cela explique une loi qui entendue de la procédure ordinaire contredirait un principe certain (L. 33, *De obl. et act.*, XLIV, 1), et cela me paraît démontré par le texte du sénatus-consulte Juventien (L. 20 § 6, *De her. pet.*, V, 3). L'hypothèse qu'il prévoit spécialement est celle d'une hérédité réclamée par le fisc. Or cette hypothèse rentre dans la compétence du *procurator Cæsaris* et par conséquent exclut l'application de la procédure formulaire. Cependant le sénatus-consulte s'applique à déterminer d'une façon précise le moment où la demande doit être réputée formée et où se produiront les effets attachés à la *litis contestatio*.

765. *Détermination des éléments personnels et réels du procès.* — Je veux dire deux choses : d'une part, les plaideurs ne peuvent, même d'un commun accord, ni changer l'une des personnes qui doivent figurer dans le *judicium*, soit à titre de juges, soit à titre de parties, ni modifier en quoi que ce soit les questions sur lesquelles doit porter l'examen du juge ; tout cela parce que l'organisation du *judicium* est avant tout l'œuvre du magistrat, et qu'en conséquence le pouvoir de juger n'appartient qu'à qui il le confère et ne peut s'exercer qu'entre les personnes et dans les limites qu'il a fixées. D'autre part, de tels changements ou modifications ne peuvent pas non plus émaner de l'initiative du magistrat ; car le *judicium* est aussi l'œuvre des parties, il implique le concours de leurs volontés, et, une fois organisé, il leur appartient comme un contrat quelconque. Tout cela revient à dire que la formule, une fois délivrée, est définitive (1). Cependant la rigueur de ce principe comporte des exceptions. En ce qui concerne les éléments réels, elles sont fort rares. En effet, la formule qui pèche par inexactitude ou omission ne peut être rectifiée ou complétée qu'au moyen d'une *in integrum restitutio*, remède extraordinaire que le magistrat ne prodigue jamais (Gaius, IV, §§ 53, 57, 125). Quant aux éléments personnels, il arrive souvent que des circonstances survenues depuis la *litis contestatio* exigent ou autorisent un changement. Ce changement, soit qu'il porte sur le juge ou sur l'une des parties, s'appelle dans tous les cas *translatio judicii ;* il est l'œuvre du magistrat lui-même et suppose une *causæ cognitio* (*Fr. Vat.*, § 341. — LL. 17 à 27, *De proc.*, III, 3).

La *mutatio judicis* n'est admise que par nécessité, par exemple si le juge fait agréer une excuse (L. 76, *De jud.*, V, 1) (2), s'il meurt,

(1) C'est seulement la rédaction de la formule qui est définitive. Mais l'existence, et par conséquent l'effet de la formule peuvent être subordonnés à une condition tacite. On en a déjà vu un exemple dans l'hypothèse du *vadimonium* fourni *in jure* (n° 752 *in fine*). On en trouvera d'autres au titre *De liberali causa* (L. 24 pr., §§ 1 et 2, XL, 12). Enfin j'en signalerai un assez remarquable : un demandeur qui hésite entre deux actions, ne sachant pas laquelle s'adapte le mieux à son droit, peut obtenir deux formules ; mais comme il ne peut agir *de eadem re* qu'une seule fois, chacune est délivrée sous cette condition : *s'il n'use pas de l'autre* (L. 1 § 4, *Quod leg.*, XLIII, 3).

(2) La *translatio judicii* peut être refusée, lorsqu'il s'agit d'une excuse temporaire survenue *post causam actam*, c'est-à-dire après l'instruction de l'affaire. En ce cas, le magistrat examine s'il ne vaut pas mieux accorder un délai au juge que le remplacer (L. 13 § 3, *De vac.*, L, 5).

ou devient incapable *pendente judicio* (L. 6, *De fid. et nom.*, XXVII, 7) (1), ou s'il jure *sibi non liquere* (2). Quant à la *mutatio partis*, elle peut être autorisée soit par nécessité, par exemple, si l'une des parties vient à mourir, et, d'une manière plus générale, si le droit litigieux change de sujet actif ou passif (L. 8 § 1, *De fid. et nom.*) (3), soit par simple raison d'utilité, par exemple, je puis avoir intérêt, ayant d'abord plaidé moi-même, à me substituer un *procurator*, ou réciproquement, ayant d'abord constitué un *procurator*, à prendre sa place ou à la donner à une autre personne (L. 17 pr.; L. 46 pr., *De proc.*, III, 3. — L. 22, C., *De proc.*, II, 13). De même on conçoit qu'une *universitas* soit intéressée à changer d'*actor* (L. 6 § 3, *Quod cujusc. univ. nom.*, III, 4), ou un tuteur sorti de charge à se faire remplacer par son pupille devenu pubère.

La forme de la *translatio judicii* est toujours fort simple. S'agit-il d'une *mutatio judicis* : le nom du juge primitivement institué est remplacé par un autre, mais la formule elle-même reste intacte. S'agit-il, au contraire, d'une *mutatio partis*, c'est la *condemnatio* qui est modifiée; au nom de la partie qui disparaît de l'instance, le magistrat substitue le nom de celle qui désormais va prendre sa place. Au surplus, la *translatio judicii* ne change rien, en principe, au caractère primitif et aux effets du *judicium*, qui, comme le dit Alfenus dans un texte magistral, très visiblement inspiré par les doctrines stoïciennes (L. 76, *De jud.*), reste exactement ce qu'il était auparavant. Ce texte vise tout particulièrement l'hypothèse d'une *mutatio judicis*, et là, en effet, il est évident que l'office du nouveau juge doit être tout à fait identique à celui de l'ancien (L. 60, *De jud.*). Mais la même idée générale s'applique au cas de *mutatio partis* (4). Beaucoup de décisions le prouveraient au be-

(1) Quant à l'incapacité préexistante à la *litis contestatio*, je crois qu'elle annule toute la procédure (L. 57, *De re jud.*, XLII, 1).

(2) Lorsqu'il s'agit d'un *judicum recuperatorium*, il n'y a lieu au remplacement du récupérateur qui a juré *sibi non liquere* qu'autant que les autres ne s'accordent pas de manière à former une majorité (L. 36, *De re jud.*, XLII, 1).

(3) On peut supposer une action noxale intentée contre celui qui possède un *statuliber* ou un homme *in servitute*. Si, dans le courant de l'instance, le *statuliber* devient libre par l'accomplissement de la condition, ou que l'homme *in servitute* revendique sa liberté et réussisse, il y aura encore une *translatio judicii* déterminée par la nécessité. Car le sujet passif du droit s'est révélé autre qu'on ne l'avait cru d'abord (L. 14 § 1; L. 15, *De nox. act.*, IX, 4. — L. 24 § 4, *De lib. caus.*, XL, 12).

(4) Seulement cette application est moins absolue. Supposons par exemple qu'un

soin (1). Je n'en rapporterai que deux: 1° le maître, condamné à raison d'un délit de vol ou d'injures commis par son esclave, n'encourt pas l'infamie, car il n'est pas condamné pour son propre fait. Supposons donc qu'au cours de l'instance, il meure ayant institué l'esclave délinquant : celui-ci va lui être substitué dans la formule, et on pourrait croire que, condamné, il sera infâme. Il n'en est rien pourtant, car le *judicium* primitif ne comportait pas ce résultat (L. 14, *De his qui not. inf.*, III, 2) ; 2° dans l'action *directa tutelæ*, on exige du tuteur qu'il produise les pièces justificatives de son compte (*instrumenta tutelaria* ou *pupillaria*) ; sinon, c'est le demandeur qui fixe lui-même le montant de la condamnation. Mais une telle obligation n'est imposée qu'au tuteur et non point à ses héritiers. Que décider donc, si le tuteur est décédé dans le courant de l'instance et que la condamnation soit prononcée contre ses héritiers? On les traitera comme il eût été traité lui-même (L. 8, *De fid. et nom.*, XXVII, 7. — L. 4, C., *De in lit. jur.*, V, 53).

La théorie qui vient d'être exposée aboutit à une conséquence remarquable : c'est qu'une fois le droit porté en justice, le demandeur n'est plus véritablement libre de le céder. Rien sans doute ne fait obstacle à la validité de la cession entre les parties. Mais, pour qu'elle s'exécute, pour que le cessionnaire figure personnellement dans le procès, et puisse obtenir condamnation en son propre nom, il faut que le magistrat consente à accorder une *translatio judicii* (2).

procurator ait fourni comme demandeur la *cautio de rato*, ou, comme défendeur à une action personnelle, la *cautio judicatum solvi*. Si le véritable intéressé vient prendre sa place, les *cautiones* s'évanouissent (L. 1 § 2, *Quib. mod. pign.*, XX, 6).

(1) Voyez notamment L. 27 § 1, *De proc.* (III, 3), et L. 48, *Fam. ercisc.* (X, 2).

(2) Il y a deux hypothèses où l'on est plus sévère encore : 1° dans les actions en partage, aucun des copropriétaires ne peut, après la *litis contestatio*, céder son droit indivis sans l'agrément de ses copropriétaires (L. 1, C., *Comm. div.*, III, 37. — L. 13, *Fam. ercisc.*) ; 2° dans les actions réelles, il est absolument interdit au demandeur de vendre le droit déduit *in judicium*. Un édit d'Auguste, qui, paraît-il, n'était fait que pour les fonds Italiques et les meubles, et que la jurisprudence étendit néanmoins aux fonds provinciaux, prononçait la nullité de la vente et soumettait l'acheteur à une peine pécuniaire au profit du fisc (frag. *De jure fisci*, § 8). Le Digeste contient quelques allusions à ces dispositions (L. 1 pr. ; L. 22 pr., *De jure fisc.*, XLIX, 14). Mais on peut se demander si Gaius (IV, § 117) s'y réfère, quand il nous dit que celui qui achète sciemment un fonds litigieux *a non possidente* verra sa revendication repoussée par le possesseur à l'aide d'une exception. Pour entendre ainsi la décision de Gaius, il faudrait supposer deux choses, savoir : que l'acheteur a obtenu une *translatio judicii*, et que le défendeur a fait in-

766. *Transformation du droit déduit* in judicium. — C'est là incontestablement l'effet le plus original et par conséquent le moins naturel de la *litis contestatio*. Pour le bien comprendre, il faut le décomposer; car il implique extinction du droit antérieur et création d'un droit nouveau, et c'est en effet ce que Gaius constate (III, § 180) (1).

L'extinction du droit antérieur s'opère tantôt *ipso jure*, tantôt *per exceptionem : ipso jure*, lorsque l'action est personnelle, la formule *concepta in jus*, et le *judicium legitimum* (2) ; *per exceptionem*, toutes les fois que l'une de ces trois conditions fait défaut (Gaius, IV, §§ 106 et 107). Nous avons donc à nous demander pourquoi, l'action étant réelle, la formule *in factum*, ou le *judicium imperio continens*, le droit survit à la *litis contestatio*. Il y a là trois questions absolument distinctes. La troisième, relative au *judicium imperio continens*, recevra plus loin sa réponse (n° 774). Sur la seconde, relative aux formules *in factum*, rien de plus aisé à comprendre que la doctrine des Romains : faisant dominer la forme sur le fond, ils prennent pour point de départ que la *deductio in judicium* ne porte pas ici sur un droit, mais sur un fait, et ils appliquent cette autre idée très juste en elle-même que les droits peuvent s'éteindre, mais que les faits accomplis ne s'effacent point (L. 12 § 2, *De capt.*, XLIX, 15). Reste donc la première de nos trois questions : pourquoi les droits réels ne sont-ils pas, comme les droits de créance, consommés par la *litis contestatio?* Or, il n'y a là, selon moi, qu'un vestige de ce qui avait été d'abord le droit commun. En effet, si nous nous plaçons à l'époque des *legis actiones* et plus particulièrement dans la procédure du *sacramentum*, il est certain que la *litis contestatio* n'avait aucune prise sur le droit qui servait de base à l'action, puisque l'objet direct de la *deductio in judi-*

sérer l'exception après coup dans la formule. Cette addition d'une exception se comprendrait comme conséquence du changement de demandeur. Mais comment le magistrat aurait-il accordé la *translatio judicii*, puisque la vente est nulle? Je crois donc plutôt que Gaius vise le cas où le demandeur aurait cédé son droit avant la *litis contestatio*, et voilà pourquoi il exige formellement la mauvaise foi de l'acheteur.

(1) Ce texte, il est vrai, vise exclusivement les actions personnelles. Mais pourquoi? parce que Gaius n'avait point à s'occuper des actions réelles dans un passage où il traitait de l'extinction des obligations.

(2) Le texte précité de Gaius (III, § 180) n'exige formellement que la troisième de ces conditions. Mais l'hypothèse dans laquelle il est conçu, étant celle d'une obligation civile, implique par elle-même que l'action est personnelle et la formule *in jus*.

cium était non pas le droit lui-même, mais bien cette question *utrius sacramentum justum sit*. M'objectera-t-on qu'à cette époque quiconque avait une fois agi ne pouvait plus *ipso jure* agir *de eadem re* (Gaius, IV, § 108)? J'accorde que, dans les actions personnelles, ce principe, combiné avec la nécessité d'une condamnation pécuniaire, amenait, dans les rapports respectifs des plaideurs, un résultat tout à fait équivalent au plein épuisement du droit (1), et c'est ce résultat dont on fit un principe sous le système formulaire. Mais la même chose n'était pas vraie dans les actions réelles, j'en ai pour preuve que là le demandeur obtenait une condamnation *ad ipsam rem*. Le droit antérieur à la *litis contestatio* produisait donc dans l'instance engagée une conséquence importante, et on la lui laissait produire parce qu'elle n'avait rien d'incompatible avec l'impossibilité absolue d'agir deux fois *de eadem re*. Cette conséquence, fort malheureusement le système formulaire la fit disparaître, mais il respecta théoriquement le principe d'où elle découlait, et cela d'autant mieux qu'au fond admettre l'extinction du droit du demandeur, c'eût été admettre une aliénation en dehors des modes consacrés par la loi.

Quel intérêt pratique y a-t-il à savoir si l'effet extinctif de la *litis contestatio* s'opère ou non de plein droit? Car la règle est, dans tous les cas, qu'un même droit ne peut pas servir de cause à deux actions successives, et qu'en agissant une fois, l'on s'interdit d'agir une seconde fois. Le principal intérêt se ramène à la question suivante : en quelle forme le défendeur se prévaudra-t-il de l'effet extinctif de la *deductio in judicium* pour repousser une nouvelle demande? Est-ce là un moyen qu'il puisse produire pour la première fois devant le juge, ou bien doit-il, à peine de déchéance, en faire l'objet d'une exception écrite dans la formule (Gaius, III, § 181)? Outre cet intérêt de pure procédure, en voici un autre plus sérieux, mais d'une application beaucoup plus rare : il y a des cas exceptionnels où un demandeur est autorisé à poursuivre la réparation du dommage qu'un jugement lui cause. Par exemple, il n'a succombé que par le dol de son adversaire, ou bien, mineur de vingt-cinq ans, il a perdu une bonne cause ou n'a obtenu qu'une satisfaction insuffisante. Comment procédera-t-il dans ces hypothèses? Si son droit n'est éteint que *per exceptionem*, il reprendra l'action déjà exercée, et à l'exception *rei judicatæ* qui lui sera opposée il répondra par une *replicatio doli mali*. Qu'au contraire son droit

(1) Rapprocher T. II, page 374, note 3.

soit anéanti *ipso jure*, il n'aura d'autre ressource que l'action *de dolo* dans le premier cas (L. 20 § 1 ; L. 25, *De dol. mal.*, IV, 3), et dans le second cas l'*in integrum restitutio* (L. 2, C., *De jud.*, III, 1. — LL. 25 et 46 § 5, *De adm. et per.*, XXVI, 7) (1). Par où l'on voit que l'effet extinctif de la *deductio in judicium*, selon qu'il est plus ou moins profond, rend nécessaire ou écarte l'application des voies de recours subsidiaires.

On remarquera, au surplus, qu'après que le juge a rendu sa sentence, le défendeur qui veut se soustraire à une nouvelle poursuite peut indifféremment se prévaloir de la *res in judicium deducta* ou de la *res judicata ;* de sorte que l'effet extinctif de la *litis contestatio* disparaît en quelque sorte absorbé par celui du jugement. Il importe cependant de ne pas les confondre, et à cette fin l'on n'a qu'à supposer une instance encore pendante ou déjà périmée. Si le demandeur veut dans ces circonstances intenter une nouvelle action, le défendeur ne la repoussera que par le moyen tiré de la *res in judicium deducta ;* car à coup sûr il ne parlera point d'un jugement qui n'existe pas encore ou n'existera jamais.

767 *a*. C'est ici le lieu d'examiner si la *litis contestatio* ne laisse pas subsister une obligation naturelle. Mais d'abord, qu'il soit bien entendu que cette question est tout à fait étrangère à l'hypothèse d'une demande formée sans aucune espèce de droit. On ne recherche pas si la *litis contestatio* met une obligation naturelle à la place du néant, mais bien si, rencontrant un véritable droit à éteindre, elle opère cette extinction d'une manière assez complète pour que le défendeur ne reste pas tenu au moins naturellement (2). La question étant ainsi posée, la réponse n'est pas douteuse; une obligation naturelle subsiste (L. 8 § 3; L. 60, *De fid.*, XLVI, 1). Mais quelle en est au juste la signification pratique, ou, en d'autres termes, dans quels cas devra-t-elle et pourra-t-elle produire ses effets? Supposons d'abord qu'aucun jugement n'ait été rendu, ce qui implique une instance encore pendante ou déjà périmée. Tant que l'instance est encore pendante, le maintien d'une obligation naturelle n'a pas grand sens; car, comme le créancier ne peut s'en prévaloir sans établir l'existence de son droit antérieurement à la *litis contestatio*, il faut bien que le procès suive son

(1) Ces textes, de même que les deux précédents, seraient inconciliables pour qui ignorerait que la *litis contestatio* n'a pas toujours le même effet.

(2) En cette matière il est indifférent que la *litis contestatio* opère *ipso jure* ou *per exceptionem*.

cours, de sorte que notre hypothèse s'absorbe, du moins en général, dans celle où il y a jugement rendu (1). L'instance, au contraire, est-elle périmée : pourvu qu'il soit démontré que la cause du demandeur était bonne, l'obligation naturelle produit ici tous les effets qu'elle comporte : notamment elle maintient le gage que le créancier aurait reçu (L. 30 § 1, *Ad. leg. Aqu.*, IX, 2), et lui fournit, s'il y a lieu, la matière d'une exception de dol (L. 8 § 1, *Rat. rem hab.*, XLVI, 8). Supposons à présent le procès terminé par un jugement. De deux choses l'une : ou le défendeur est condamné ou il est absous. S'il est condamné, l'obligation naturelle disparaît dans l'obligation civile dont il est désormais tenu (2). Que s'il est absous, et, par hypothèse, injustement absous, nous avons à nous poser cette question : l'obligation naturelle qui a survécu à la *litis contestatio* survit-elle aussi au jugement d'absolution? Quoique l'affirmative paraisse résulter d'une décision de Julien rapportée par Paul (L. 60 pr., *De cond. ind.*, XII, 1) (3), il est difficile de l'admettre dans toute sa généralité. Car comment le demandeur pourrait-il réclamer les effets de l'obligation naturelle sans démontrer l'erreur du juge, par conséquent sans remettre en question tout ce qui a été décidé? Et alors que deviendrait le principe de l'autorité de la chose jugée? Je me rangerai donc à une distinction proposée par d'excellents interprètes : je nierai le maintien de l'obligation naturelle, toutes les fois que, pour l'établir, il faudra critiquer la dé-

(1) Si j'indique une restriction, c'est que l'obligation naturelle peut avoir effet même *pendente judicio*, dans les cas où il est dès lors certain qu'un jugement d'absolution ne la ferait pas disparaître.

(2) Cependant l'existence d'une obligation naturelle se conçoit dans les cas rares où le défendeur a pu opposer l'exception *quod facere potest* et par là obtenir de n'être condamné que dans la mesure de ses moyens.

(3) Julien suppose un payement fait *pendente judicio* par un défendeur qui doit réellement, et sans doute il sous-entend la condition de l'erreur. Tels étant les faits, la *condictio indebiti* sera-elle possible? Non, dit Julien, car, en admettant le résultat le plus favorable au débiteur, celui d'une absolution, il fût resté tenu naturellement. Cela signifie bien clairement que le payement même postérieur à l'absolution ne comporterait pas de répétition Aussi me garderai-je de prétendre avec certains interprètes que la décision de Julien ne doive être appliquée qu'au payement fait *pendente judicio*. J'aime mieux la restreindre à un autre point de vue et dire qu'elle se réfère seulement aux cas exceptionnels que j'indique un peu plus loin (nº 767 *in fine*). — Un autre texte (L. 28, *De cond. ind.*) a été allégué pour soutenir que l'obligation naturelle se maintient en règle générale nonobstant l'absolution prononcée. Il y est dit que le débiteur qui injustement absous paye *sua sponte* n'est point admis à répéter. Mais, évidemment, ce texte suppose un payement fait en connaissance de cause par un débiteur qui veut réparer l'erreur du juge. Il n'y a donc rien à en conclure.

cision du juge, et ce sera là certainement le cas le plus ordinaire (1). Aussi voyons-nous Tryphoninus décider qu'une absolution même injuste éteint l'hypothèque qui garantissait la créance déduite *in judicium* (L. 13, *Quib. mod. pign.*, XX, 6). Au contraire, j'admettrai sans hésiter l'obligation naturelle si le demandeur peut justifier que son action était fondée sans pour cela nier que le devoir du juge consistât à absoudre. Or ce résultat ne se présente que dans deux ordres de cas tout à fait exceptionnels, savoir, lorsque l'absolution a été déterminée par une irrégularité commise dans la procédure, par exemple l'*intentio* du demandeur contenait une *plus petitio* (L. 27, *De pign. et hyp.*, XX, 1) (2), et lorsque le fait qui a servi de base à l'action ne pouvait engendrer qu'une obligation naturelle, par exemple il s'agissait d'un prêt d'argent fait à un fils de famille, et ce prêt tombait sous le coup du sénatus-consulte Macédonien (3).

768. Passons au droit nouveau qu'engendre la *litis contestatio*. Gaius (III, § 180) le définit ainsi : *post litem contestatam debitorem condemnari oportere*, ce qui nous indique tout d'abord que la *litis contestatio* ne crée rien là où elle ne peut rien détruire, en d'autres termes, que la naissance du droit nouveau a pour condition l'existence du droit antérieur; car où cette condition fait défaut, il n'y a pas de condamnation possible. Ces mêmes expressions de Gaius déterminent très nettement aussi la nature et l'objet de ce droit nouveau. Il consiste en une créance (*oportere*), et comme toute condamnation est pécuniaire, au fond cette créance a pour objet de l'argent. De sorte qu'en combinant l'effet extinctif et l'effet obligatoire de la *litis contestatio*, nous arrivons à ce double résultat : elle change la nature du droit dans les actions réelles; et elle en change l'objet toutes les fois qu'à l'origine cet objet ne consistait pas en argent. En dehors de ces deux changements qui, comme on le voit, ne sont pas constants, il y

(1) En ce sens on pourrait, si cela était nécessaire, argumenter de ce que le serment extrajudiciaire, si souvent comparé à la *res judicata*, ne laisse pas subsister d'obligation naturelle (L. 42, *De jur.*, XII, 2).

(2) D'autres hypothèses doivent être assimilées à celle de la *plus petitio*. Ainsi le demandeur succombe par l'effet d'une *exceptio cognitoria* ou *procuratoria*, *litis dividuæ*, *rei residuæ*, ou d'une exception fondée sur un pacte *de non petendo intra tempus*. De même encore, ayant intenté une *actio incerta* et ayant négligé d'en limiter les effets par une *præscriptio*, il demande aujourd'hui ce qu'il n'a point obtenu dans sa précédente action.

(3) Tout cela suppose que les sentences du juge étaient motivées, et c'est en effet ce que plusieurs textes concourent à prouver (L. 7, *De comp.*, XVI, 2. — LL. 9 pr., 17, 18, *De except. rei jud.*, XLIV, 2. — L. 1 § 2, *Quæ sent. sine app.*, XLIX, 8).

en a un autre qu'elle produit nécessairement : c'est le changement de cause, constaté en ces termes par Gaius : *incipit teneri reus litis contestatione*. Quel est le caractère de cette cause nouvelle? Je l'ai déjà démontré (n° 754), c'est un contrat, et voilà pourquoi le droit qui en résulte consiste toujours en une créance. Cela seul aussi nous explique qu'un fils de famille étant condamné *ex delicto*, l'action *judicati* se donne *de peculio* contre le père (L. 35, *De nox. act*, IX, 4. — L. 3 § 11, *De pec.*, XV, 1) ; c'est qu'en effet, au moment de la *litis contestatio*, l'obligation s'est en quelque sorte séparée de sa cause primitive qui était illicite et n'autorisait contre le père de famille qu'une action noxale, et que désormais elle se rattache seulement à sa cause immédiate qui est licite et par conséquent autorise l'action *de peculio* (1).

769. Considérée comme créant et éteignant des droits, la *litis contestatio* est soumise à la règle générale : *res inter alios acta aliis neque prodesse neque nocere potest*. En ce qui concerne le droit nouveau, la règle est absolue, il ne naît qu'entre les parties en cause, et cela est particulièrement frappant dans l'hypothèse d'une représentation judiciaire, car c'est toujours le représentant lui-même qui est condamné ou obtient condamnation (Gaius, IV, § 87) (2). Quant à l'extinction du droit antérieur, il y a deux ordres de cas où elle s'opère même à l'égard de personnes qui ne figurent point dans l'instance : 1° cela se présente d'abord lorsqu'il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs dont le droit ou l'obligation ont un objet absolument identique. La poursuite exercée par ou contre l'un d'eux éteint le droit *erga omnes* (3), bien que l'obligation nouvelle n'appartienne qu'au demandeur et ne grève que le défendeur. J'ai signalé ce résultat dans les théories de la corréalité (n° 550) et de l'*adpromissio* (n° 564), et sans aucun doute il se produisait dans celle de l'*adstipulatio*. Nous le retrouvons également dans les actions *populares*; 2° le tiers qui comme mandataire ou même comme simple gérant d'affaires, défend au nom du véritable intéressé, le libère toujours (4), et cela par application de cette règle générale qu'on peut libérer un débiteur sans son

(1) Par la même raison, lorsqu'une action pénale est engagée contre un fils de famille, sa mort, au lieu d'éteindre l'instance, donne lieu à un *translatio judicii* (L. 57, *De jud.*, V, 1).

(2) On verra plus tard que par dérogation aux principes l'action *judicati* est souvent donnée au véritable intéressé lui-même ou contre lui.

(3) Toutes les fois que cette extinction s'opère *ipso jure* dans les rapports des parties en cause, elle s'opère de la même manière à l'égard des autres intéressés (L. 60, *De fid.*, XLVI, 1).

(4) On appliquera ici l'observation contenue dans la note précédente.

consentement (L. 11 § 7, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2. — L. 23, *De sol.*, XLVI, 3) (1).

770 a. A raison même du double effet que la *litis contestatio* produit relativement au droit litigieux, beaucoup d'interprètes n'hésitent pas à y voir ou une novation véritable ou une quasi-novation, selon que le droit déduit *in judicium* s'éteint *ipso jure* ou *per exceptionem;* et je conviens que ce point de vue est favorisé par quelques textes appartenant à la fin de l'époque classique. Mais, dans la pure et primitive doctrine des Romains, il me paraît inexact. En effet, lorsque Gaius s'occupe de l'extinction des obligations, je remarque qu'il place bien la *litis contestatio* immédiatement après la novation, mais qu'il ne les considère pas du tout comme deux espèces appartenant à un même genre. Sous le nom de novation, il n'étudie que la transformation de l'obligation par voie de stipulation (III, §§ 176 à 179) ; puis, arrivant à la *litis contestatio*, il la présente très formellement comme un mode d'extinction distinct (III, § 180) (2). Deux raisons d'ailleurs devaient empêcher cette confusion : la première, un peu subtile, je le reconnais, c'est que dans la novation l'extinction de l'obligation primitive a pour condition la création de l'obligation nouvelle, au lieu que dans la *litis contestatio* c'est l'extinction du droit antérieur qui est la condition de la naissance du droit nouveau. La preuve en est que la stipulation faite *novandi causa* peut engendrer une obligation alors même qu'elle n'en trouve point à éteindre (T. II, pages 704 et 705), tandis qu'au contraire la *litis contestatio* ne crée un droit qu'autant qu'elle en peut détruire un autre. Ma seconde raison, plus facile à saisir, plus tangible, c'est que la novation exclut absolument l'idée d'un changement d'objet, et que la *litis contestatio* l'implique dans la plupart des cas. Tout cela est décisif. Néanmoins il est certain qu'une tendance à rapprocher la novation et la *litis contestatio*, même à les confondre, finit par se ma-

(1) Lorsque c'est le rôle de demandeur qui est joué par un tiers, le véritable intéressé conserve toujours son droit. La preuve que tel est bien le principe, c'est qu'en règle générale, pour intenter une action *alieno nomine*, il faut fournir la *cautio de rato*. Ceci dit, il est évident néanmoins que dans tous les cas où le demandeur aura régulièrement exercé un pouvoir légal ou un mandat, le véritable intéressé ne sera point autorisé à recommencer l'action. Mais j'estime que, pour le repousser, une exception sera toujours nécessaire, et cela parce qu'en théorie pure il n'a pas perdu son droit.

(2) L'opposition que la marche des idées de Gaius établit entre la novation et la *litis contestatio* se retrouve très nette dans d'autres textes plus récents (L. 2 § 8, *De her. vel act. vend.*, XVIII, 4. — L. 22, *De adm. et per.*, XXVI, 7. — L. 31 § 1, *De nov.*, XLVI, 2).

nifester chez les jurisconsultes romains. Scévola (L. 60, *De fid.*, XLVI, 1) paraît leur attribuer même nature et les faire rentrer dans un même genre. Plus précisément encore, Paul (L. 29, *De nov.*, XLVI, 2) oppose la *novatio voluntaria* au *judicium acceptum*, ce qui paraît signifier que la *litis contestatio* contient une *novatio necessaria*, et tel est, en effet, le langage de plusieurs interprètes. Ces textes toutefois ne vont pas au delà de la vérité ; ils indiquent une comparaison, rien de plus. Mais Papinien s'exprime d'une manière beaucoup plus significative : *inchoatis litibus actiones novavit*, écrit-il (*Fr. Vat.*, § 263), ce qui revient à dire de la manière la plus nette que la *litis contestatio* est une forme de novation. Comment expliquer ce langage et cette confusion? Par une considération fort simple. Papinien, le premier ou l'un des premiers, avait admis, nous l'avons vu (T. II, page 712) que la novation pourrait résulter d'une stipulation ayant pour objet, non pas la chose due elle-même, mais sa valeur. Il faisait ainsi disparaître la principale différence pratique qui séparait la novation de la *litis contestatio*. Dès lors, il pouvait assez logiquement les assimiler ou tout au moins les rapprocher l'une de l'autre.

Au surplus, toute cette discussion ne porte que sur une question de langage. Mais, à quelque système qu'on s'arrête, la *litis contestatio* envisagée dans ses effets se sépare de la novation proprement dite par des différences très importantes. Voici les principales : 1° elle laisse subsister les droits de gage et d'hypothèque qui garantissaient la créance portée en justice (L. 13 § 4, *De pign. et hyp.*, XX. — L. unic., C., *Et. ob. chir. pec.*, VIII, 27) (1) ; 2° elle n'éteint pas les privilèges attachés à la créance (L. 29, *De nov.*, XLVI, 2). Et, en effet, le privilège ne s'exerce que sur le prix fourni par la vente des biens du débiteur ; or cette vente suppose un jugement. Le privilège serait donc d'une inutilité manifeste, si la *litis contestatio* devait le faire périr (2) ; 3° elle n'arrête pas le cours des intérêts (L. 35, *De usur.*, XXII, 1) (3) ; 4° elle ne purge jamais la demeure du débiteur,

(1) En ce sens inverse, et à bien plus forte raison, le créancier qui exerce son action hypothécaire n'épuise pas son action personnelle (L. 9, C., *De fid.* VIII, 41).

(2) Par voie de conséquence le droit à la *bonorum separatio*, qui est une sorte de privilège, survit à l'action intentée contre l'héritier tandis qu'il périrait par une novation (L. 1 § 10; L. 7, *De sep.*, XLII, 6).

(3) On a souvent conclu de cette loi que la *litis contestatio* fait courir les intérêts qui ne couraient pas antérieurement. Mais quand on la rapproche de la loi 18, *De novationibus*, qui appartient comme elle à Paul et est extraite du même

très souvent même elle la détermine (n° 714). Toutes ces différences se rattachent à cette idée générale qu'une poursuite judiciaire ne doit pas empirer la position du créancier obligé d'y recourir (L. 29, *De nov.*).

771. *Détermination du moment où doit se reporter l'appréciation du juge.* — La justice n'est sûre qu'à la condition d'être lente, et il n'y a pas de procès qui puisse être vidé à l'instant même où il se produit. Mais l'équité veut qu'en définitive le jugement fasse aux parties la même situation que s'il eût été rendu aussitôt que sollicité. Ce principe rigoureusement appliqué conduirait à décider que l'appréciation du juge doit remonter jusqu'au jour de leur première comparution devant le magistrat. Mais telle n'est pas la doctrine des Romains. L'action, à leurs yeux, n'est réputée introduite qu'à partir de la *litis contestatio*, et par conséquent, c'est à ce moment que le juge doit se placer pour apprécier l'existence du droit, en d'autres termes, pour résoudre cette question : le défendeur sera-t-il condamné ou absous (1)? Ce principe se décompose, il en comprend vraiment deux bien distincts :

1° Il n'y a de condamnation possible qu'autant que le droit exprimé ou sous-entendu dans l'*intentio* existait à ce moment (2). Non seulement donc, le juge ne condamnera pas en vertu d'un droit qui aurait disparu avant la délivrance de la formule; mais, ce qui est plus

livre du même ouvrage, il devient à peu près certain que le jurisconsulte comparait les effets de la *litis contestatio* à ceux de la novation, et que sa pensée était celle-ci : lorsqu'une dette produit des intérêts, la novation en arrête le cours, mais une poursuite judiciaire ne l'arrête pas.

(1) Si l'on tient à expliquer rationnellement la doctrine romaine, on peut dire que jusqu'à la *litis contestatio* l'objet et les éléments du litige ne sont pas fixés d'une manière définitive. Mais je m'arrêterais plus volontiers à une simple explication historique qui serait celle-ci : autrefois, quand le rôle du magistrat se bornait à diriger les solennités de la *legis actio*, la *litis contestatio* pouvait facilement et devait presque toujours avoir lieu le jour même de la comparution des parties; car ces solennités, à l'exemple de tous les actes juridiques, s'accomplissaient évidemment sans solution de continuité. Rien de plus raisonnable, dans cet état de choses, que de placer l'examen du juge à l'époque de la *litis contestatio*. Mais plus tard, quand la procédure *in jure* put se prolonger des semaines et même des mois, cette règle aurait dû être corrigée, la tradition seule la soutint. Quoi qu'il en soit, elle passa dans la procédure extraordinaire, et là aussi elle dut laisser à désirer à cause de l'intervalle assez long qui séparait le moment de la *conventio* de celui de la *litis contestatio*.

(2) C'est aussi au jour de la *litis contestatio* que le juge se place, du moins en règle générale, pour apprécier la valeur des moyens de défense. La *præscriptio longi temporis* nous a offert une application de cette idée (n° 245).

remarquable et moins conforme à la raison naturelle, il ne tiendra nul compte d'un droit né *pendente judicio* (L. L. 23 et 35, *De jud.*, V, 1), car ce droit n'a pas été déduit *in judicium*. Comment se fait-il donc que le défendeur à l'action réelle ou à l'action *ad exhibendum*, succombe, si la chose litigieuse, qui n'était point en sa possession au jour de la *litis contestatio*, s'y trouve au jour de la sentence (L. 18 § 1; L. 41 pr., *De her. pet.*, V, 3. — L. 27 § 1, *De rei vind.*, VI, 1. — L. 7 § 4, *Ad exhib.*, X, 4); que l'action *de peculio* nous offre le même résultat, lorsque le pécule, absolument vide au jour de la *litis contestatio*, s'est enrichi, *pendente judicio*, d'un actif qu'il a conservé (L. 30 pr., *De pec.*, XV, 1. — L. 7 § 15, *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4); et enfin que l'action *pignoratitia directa* réussisse par cela seul que le créancier défendeur a été désintéressé dans le cours de l'instance judiciaire (L. 9 § 5, *De pign. act.*, XIII, 7) (1)? Ces décisions et d'autres pareilles (2) semblent tout d'abord contredire le principe. Mais la contradiction disparaît devant une analyse attentive. Reprenons, en effet, nos diverses espèces, et voyons ce qui pourrait, au jour de la *litis contestatio*, faire échouer la demande. Est-ce le défaut de droit? Non assurément. Car que le défendeur ne possède pas, que le pécule n'ait rien, que le gagiste ne soit point payé, tout cela n'empêche pas le demandeur d'être propriétaire, d'avoir contracté avec l'esclave investi d'un pécule, ou d'avoir constitué un gage. En un mot, comme le dit très bien Ulpien (L. 30 pr., *De pec.*), son *intentio* n'en est pas moins *recta*. Ce qui au début de la procédure lui manque pour réussir, c'est une simple condition de fait. Je dirai donc que, où la condamnation dépend tout ensemble d'un droit et d'un fait, il faut absolument que le droit préexiste à la délivrance de la formule, mais il suffit que le fait se produise avant le jugement (3).

(1) Ce dernier texte prouve que l'action doit être refusée lorsqu'il est certain *in jure* que le fait exigé pour la condamnation manque actuellement (voy. aussi L. 50, pr., *De pec.*). Du reste les décisions que je rapporte furent controversées, et c'est l'école Proculienne qui les fit prévaloir, ainsi que cela résulte de deux des textes cités (L. 27 § 1, *De rei vind.* — L. 30 pr., *De pec.*).

(2) Voyez L. 17, *Mandati* (XVII, 1) et L. 1 § 21, *Depositi* (XVI, 3).

(3) J'explique ainsi cette distinction : si c'est le droit lui-même qui naît *post litem contestatam*, il n'a pas été déduit *in judicium*, donc ne peut être pris en considération par le juge. Au contraire, est-ce seulement un fait exigé pour la condamnation qui se produit *post litem contestatam*, on peut admettre la déduction du droit *in judicium*. Le demandeur gagne à cela de ne pas être obligé de renouveler son action. Du reste, c'est là une décision de pure bienveillance; ce qui le prouve

2° En général les événements qui, avant la *litis contestatio*, eussent rendu toute poursuite impossible ou inefficace ne peuvent plus, survenant ultérieurement, empêcher la condamnation. Et c'est pourquoi les jurisconsultes disent volontiers que la *litis contestatio* améliore quelquefois la situation du demandeur et ne l'empire jamais (L. L. 86 et 87, *De reg. jur.*, L, 17). De ce principe découlent les décisions suivantes : 1° les actions qui s'éteignent par un certain laps de temps ou par la mort de l'une des parties échappent, une fois intentées, à ces causes spéciales d'extinction (L. 139 pr., *De reg. jur.*) ; 2° la revendication et l'action *ad exhibendum* triomphent nonobstant l'usucapion accomplie *pendente judicio* par le défendeur (L. 18, *De rei vind.*, VI, 1. — Inst., § 3, *De off. jud.*, IV, 17); 3° semblablement, lorsque le litige porte sur l'existence d'une servitude personnelle ou réelle, elle a beau s'éteindre *non utendo* dans le cours de l'instance judiciaire, cela n'empêche ni le succès de l'action si elle est *confessoria*, ni son échec si elle est *negatoria* (L. 8 § 4, *Si serv. vind.*, VIII, 5) ; 3° le défendeur à l'action noxale qui *pendente judicio* aliène l'esclave délinquant, fût-ce même à son adversaire, reste tenu et doit être condamné (L. L. 37 et 38 pr., *De nox. act.*, IX, 4).

Notre second principe est beaucoup moins absolu que le premier. En effet, malgré l'existence du droit au jour de la *litis contestatio*, le défendeur est déchargé lorsque la chose litigieuse périt *pendente judicio*, sans qu'il ait à se reprocher ni dol, ni faute, ni demeure, et à cette perte on assimile la disparition d'un fait auquel la loi subordonnerait la condamnation ; telle est par exemple la possession du défendeur dans l'action *ad exhibendum* (L. 20 pr., *De her. pet.*, V, 3. — L. 17 § 1, *De rei vind.*, VI, 1. — L. 7 § 5, *Ad exhib.*, X, 4) (1). Mais la plus remarquable dérogation que comporte notre principe est celle que l'on exprime ainsi : *omnia judicia absolutoria esse* (§ 2 *sup.*). Cette formule signifie que, malgré l'existence du droit au jour

clairement, c'est que si, au jour du jugement, les choses sont encore dans le même état qu'au jour de la *litis contestatio*, l'absolution obtenue par le défendeur ne lui permet pas de se prévaloir, le cas échéant, de l'autorité de la chose jugée pour repousser l'exercice d'une nouvelle action fondée sur le même droit (L. 9 pr. ; LL. 17 et 18, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2).

(1) Si le défendeur est simplement *in mora*, la perte retombera-t-elle toujours sur lui? J'ai déjà indiqué (t. II, page 759, note 4) la possibilité d'une controverse. Aux textes cités on ajoutera ceux-ci (L. 15 § 3, *De rei vind.*, VI, 1. — L. 12 § 4, *Ad exhib.*, X, 4).

de la *litis contestatio*, l'instance se dénoue par une absolution, toutes les fois que, *pendente judicio*, le demandeur a reçu une satisfaction absolument adéquate à sa demande, ou, ce qui revient au même, a accepté, avec l'intention de s'en contenter, une satisfaction moindre ou différente. Cette doctrine, à en juger par un fragment mutilé de Gaius (IV, § 114), fut admise sans difficulté dans les actions de bonne foi et dans les actions arbitraires : dans les unes, parce que la bonne foi répugne à une condamnation prononcée contre celui qui a fait tout ce qu'il devait faire ; dans les autres, parce que la clause *nisi restituat*, à laquelle est subordonnée la condamnation, comprend évidemment la restitution volontaire aussi bien que la restitution fournie sur l'ordre du juge. Mais pour les actions qui ne rentrent ni dans l'une ni dans l'autre de ces deux classes, il y eut controverse. D'après les Proculiens, la satisfaction volontaire ne faisait point obstacle à la condamnation. Les Sabiniens, au contraire, voulaient qu'elle emportât toujours absolution. Les uns avaient pour eux la stricte logique (1), les autres le bon sens et le respect des conventions. Au surplus, il est de toute évidence que les Proculiens n'admettaient pas le demandeur à cumuler le bénéfice de la condamnation avec celui de la satisfaction volontaire. Si donc on recherche quelle pouvait être la signification pratique de cette divergence, la voici : dans l'opinion Sabinienne, la satisfaction fournie était absolument irrévocable. Au contraire, les Proculiens ouvraient au défendeur le choix entre deux partis : ou exécuter la condamnation, et alors il avait une *condictio sine causa* pour répéter ce qu'il avait donné ; ou repousser l'action *judicati* par une exception de dol, et en ce cas la satisfaction était définitivement maintenue. Cette option me paraît indiquée par un texte d'Ulpien, (L. 23 § 3, *De cond. ind.*, XII, 6), et elle nous montre qu'en dépit des apparences, l'opinion Proculienne était la plus douce pour le défendeur. Aussi avait-elle encore des partisans au commencement du IIIe siècle, je n'en veux d'autres preuves que la décision même d'Ulpien et une autre décision qui appartient à Paul son contemporain (L. 84,

(1) Gaius lui-même, quoique Sabinien, paraît reconnaître que l'opinion proculienne est plus conforme à l'exactitude des principes (L. 5 pr., *De publ.*, XXXIX, 4). Cette opinion, du reste, avait dû primitivement régner d'une manière exclusive ; en effet, à l'époque où la procédure du *sacramentum* formait le droit commun, il est évident que le demandeur qui obtenait satisfaction devant le juge devait néanmoins gagner son procès. Car son *sacramentum* n'en était pas moins *justum*.

De verb. obl., XLV, 1). Néanmoins, comme l'attestent les Institutes (§ 2 *sup.*), c'est la doctrine Sabinienne qui prévalut, et dès lors on put dire que, nonobstant l'effet extinctif de la *litis contestatio*, l'objet dû antérieurement demeurait au moins *in facultate solutionis*.

772 *a*. Faut-il appliquer à l'étendue du droit ce qui vient d'être dit de son existence ? En d'autres termes, est-ce aussi au jour de la *litis contestatio* que le juge doit se placer pour compter et mesurer les divers éléments qui entreront dans la restitution ou détermineront le montant de la condamnation? Décider affirmativement, ce serait en apparence se conformer au même principe; au fond, ce serait en méconnaître l'esprit. Si, en effet, l'existence du droit s'apprécie au jour de la *litis contestatio*, c'est, je l'ai déjà dit, pour que les lenteurs inhérentes à l'administration de la justice ne modifient pas la situation des parties. Or, voulons-nous rester fidèles à cette donnée : il ne faut pas dire que la condamnation sera de la même somme que si elle eût été prononcée au jour de la *litis contestatio;* il faut dire, ce qui est tout différent, qu'elle devra procurer au demandeur, ni plus ni moins, les mêmes avantages que si elle avait été prononcée à ce moment. Telle est bien, dans son ensemble, la doctrine des jurisconsultes classiques; mais elle avait mis une certaine lenteur à se fixer, et elle ne s'applique pas d'une manière absolument générale. Envisageons successivement trois hypothèses :

1° La chose litigieuse subit *pendente judicio* des détériorations matérielles qui ne sont en aucune façon imputables au défendeur. — la condamnation devra être diminuée, et, comme je l'indiquais tout à l'heure, elle cesserait absolument si la chose périssait en totalité sans qu'il en restât aucun accessoire (L. 16 pr., *De rei vind.*, VI, 1. — L. 14 § 1, *Dep.*, XVI, 3). Cette doctrine si équitable paraît n'avoir pas toujours été admise dans les *condictiones* (L. 12 § 3, *Dep.*). Mais elle finit par y prévaloir (L. 82 § 1, *De verb. obl.*, XLV, 1).

2° La valeur vénale de la chose litigieuse a augmenté ou diminué entre la *litis contestatio* et le jugement. — Dans les *condictiones*, le juge remonte, pour l'apprécier, au jour de la *litis contestatio* (L. 22, *De reb. cred.*, XII, 1. — L. 4, *De cond. trit.*, XIII, 3) (1). Hors de

(1) Servius Sulpicius voulait que le juge se plaçât au jour de la condamnation, et Ulpien, qui rapporte cette opinion, paraît y adhérer (L. 3, *De cond. trit.*). Mais si cette adhésion ne lui a pas été attribuée par Justinien, elle le met en contradiction avec lui-même (L 3 § 2, *Comm.*, XIII, 6). Du reste, on a prodigué les efforts pour conci-

là, il se place au jour de la sentence. Ulpien le constate en termes exprès pour les actions de bonne foi (L. 3 § 2, *Comm.*, XIII, 6); mais la règle est nécessairement la même dans tous les cas où la condamnation se mesure au *quod interest*, c'est-à-dire dans toute action qui n'est pas une *condictio*.

3° Depuis la *litis contestatio*, des accessoires ont pu s'ajouter au principal. Tels sont les fruits, les fruits des fruits, le *partus ancillæ*, l'alluvion; quelquefois ce sont des actions, par exemple celle de la loi Aquilia; et si la demande a pour objet un esclave, ce sont toutes les acquisitions qu'il a pu réaliser, par exemple, des hérédités ou des legs. Tous ces accessoires sont compris sous le nom un peu vague de *causa* (L. 17 § 1; L. 20, *De rei vind.*, VI, 1. — L. 8, *De usur.*, XXII, 1) (1). — Or, c'est une règle générale qu'à partir de la *litis contestatio* la *causa* est due par le défendeur. Mais cette règle n'entra pas d'un seul coup dans le droit romain. Il est certain qu'elle fut d'abord admise dans les actions réelles, et là elle remonta jusqu'aux actions de la loi, témoin les *prædes litis et vindiciarum* que le possesseur intérimaire fournissait dans la revendication (n° 742). Des actions réelles elle fut étendue, de très bonne heure sans doute, aux actions personnelles de bonne foi ou arbitraires, et de là plus tard à toutes autres actions personnelles. Cette marche

lier la décision de Servius Sulpicius avec les textes sur lesquels je m'appuie. La conjecture la moins inacceptable consisterait à entendre ici le mot *condemnatio*, non de la sentence prononcée par le juge, mais de la partie de la formule qui lui donne le pouvoir de condamner. Mais à quoi bon chercher une conciliation, quand nous avons, comme je l'ai déjà indiqué (t. II, page 877, note 1), la certitude que la question était controversée? Plus d'une fois déjà nous avons vu Servius Sulpicius s'insurger, au nom de l'équité, contre des principes arbitraires (n° 394. — T. II, page 707, note 1), et je trouve ici une nouvelle preuve de cette indépendance de jugement que j'attribue pour une large part à ce que ce jurisconsulte, n'ayant étudié le droit qu'à un âge déjà mûr (L. 2 § 43, *De orig. jur.*, I, 2), y avait apporté une critique vierge de préjugés et un bon sens que ne gênait aucune tradition d'école. Au surplus la controverse que je rapporte et par conséquent l'opinion qui prévalut sont étrangères, les textes cités en font foi, à l'hypothèse d'une obligation à terme. Ici tout le monde s'accordait à faire porter la condamnation sur la valeur de la chose telle qu'elle était à l'arrivée du terme. J'ajoute qu'en ce qui concerne le lieu où il fallait envisager cette valeur, on faisait une distinction semblable. On s'attachait au lieu du payement, s'il avait été désigné, sinon au lieu où la demande était pendante. C'est ce que constatent les textes que j'ai cités.

(1) Quelquefois on donne un sens plus large à ce mot. On y comprend la réparation de toutes détériorations imputables au défendeur (L. 25 § 8, *De æd. ed.*, XXI, 1).

est assez clairement indiquée par Papinien (L. 2; L. 3 § 1, *De usur.*). En ce qui concerne les *condictiones*, c'est Sabinus et Cassius qui proposèrent de rendre obligatoire la restitution de la *causa* (L. 38 § 7, *De usur.*) (1), et au commencement du IIIe siècle, cela était admis sans aucune difficulté (L. 31 pr., *De reb. cred.*, XII, 1. — L. 8, *De re jud.*, XLII, 1). Du reste on fera ici deux observations: 1° la règle qui vient d'être développée n'a d'intérêt qu'autant que la *causa* n'est pas due antérieurement à la *litis contestatio*. Ainsi dans les actions *in rem* elle est tout à fait indifférente à l'égard du possesseur de mauvaise foi; 2° cette même règle est presque dépourvue d'application en ce qui concerne les intérêts des sommes d'argent. En effet, ce n'est guère que dans les actions personnelles qu'il est question d'intérêts (2), et nous verrons plus tard que là ils sont soumis à des règles tout à fait spéciales.

773. *Possibilité d'une sentence nonobstant le défaut de l'une des parties.* — La procédure *in jure* exige d'un bout à l'autre la présence des deux parties; sinon, et indépendamment des conséquences particulières qu'entraîne le défaut du défendeur (n° 755), le contrat qui doit servir de base au *judicium* ne peut se former. Mais, une fois que ce contrat existe, c'est-à-dire, à compter de la *litis contestatio*, le défaut de l'une des parties (3) ne constitue plus un obstacle définitif à la solution régulière de l'affaire. Il n'a d'autre conséquence que de déterminer un arrêt provisoire dans la procédure. En effet, pour qu'elle reprenne valablement son cours, il faut que la partie présente obtienne, du magistrat qui a délivré la formule, la publication de trois édits successifs séparés les uns des autres par un intervalle de dix jours au moins, et portant que si l'absent ne se représente pas dans un certain délai, la cause n'en sera pas moins examinée et jugée. Le dernier de ces édits est qualifié *peremptorium*, parce qu'il constitue une mise en demeure définitive, et qu'en cas de désobéissance non excusable (*contumacia*), une citation notifiée au défaillant suffit désormais pour que le procès reprenne sa marche

(1) Comme Sabinus et Cassius appartiennent au premier siècle de notre ère, ce texte prouve péremptoirement qu'il ne faut pas s'arrêter à une conjecture d'après laquelle la règle sur la *causa* aurait eu pour point de départ le sénatus-consulte Juventien qui est seulement du second siècle.

(2) Cependant en matière de *petitio hereditatis* les intérêts peuvent rentrer dans la *causa* (L. 1, C., *De pet. her.*, III, 31).

(3) Le défaut *in judicio* est quelquefois appelé *eremodicium*, de ἔρημος δίκη, c'est-dire *deserta lis* (L. 7 § 12, *De min.*, IV, 4. — L. 13 pr., *Jud. solv.*, XLVI, 7).

et ne s'arrête plus (LL. 68 à 71 ; L. 73 pr., *De jud.*, V, 1. — L. 53 §§ 1 à 3, *De re jud.*, XLII, 1) (1). Du reste, la *contumacia* n'exerce, en droit, aucune influence sur l'issue du procès (2). Le jugement peut donc être rendu en faveur du défaillant (L. 73 pr., *De jud.* — L. 1, C., *Quom. et quand. jur.*, VII, 43). Seulement lorsqu'il succombe, et tel est évidemment le fait ordinaire (3), on lui interdit toute voie de recours contre la sentence (L. 73 § 3, *De jud.* — L. 1, C., *Quor. app. non rec.*, VII, 65. — Paul, V, 5ª §§ 7 et 7ª). — On remarquera, pour terminer, que la procédure qui vient d'être décrite a son application principale dans le cas où c'est le défendeur qui fait défaut ; en effet, si c'est le demandeur, son adversaire aimera souvent mieux laisser périmer l'instance que de poursuivre un jugement dont l'issue peut être fort douteuse.

V. — DU *judicium*.

Lib. IV, tit. XVII, *De officio judicis*, pr. — Superest ut de officio judicis dispiciamus. Et quidem in primis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quam legibus, aut constitutionibus, aut moribus proditum est.

Reste à examiner l'office du juge. Et avant tout il doit prendre pour règle de toujours juger conformément aux lois, aux constitutions ou aux coutumes.

774 *a*. Les *judicia* sont ou *legitima* ou *imperio continentia* (4).

(1) Quelquefois au lieu de trois édits il n'y en a que deux, même qu'un seul (*unum pro omnibus*). Cela dépend des circonstances.

(2) D'après les Douze Tables il paraît que le juge devait statuer contre le défaillant. Car elles contenaient cette disposition : *post meridiem præsenti litem addicito* (Aul.-Gell., XVII, 2). Cela explique un passage de Tite-Live (XXXIX, 18) où nous lisons qu'à la suite de la découverte des Bacchanales et en présence des châtiments qui menaçaient les initiés, beaucoup de citoyens s'enfuirent, de sorte que *multis actiones et res peribant*. D'autres, il est vrai, rapportent cette phrase à la *desertio vadimonii*.

(3) De là, sans doute un texte d'Hermogénien (L. 53 pr., *De re jud.*), qui paraît tout d'abord contredire la doctrine des précédents.

(4) Cette distinction ne comprend que les *judicia ordinaria*, c'est-à-dire ceux qui supposent la délivrance d'une formule. Elle exclut donc tout à la fois les *judicia centumviralia* et les *cognitiones extraordinariæ*. Et de là cette question : faut-il appliquer dans ces deux ordres d'hypothèses les effets qui vont être signalés comme propres au *judicium legitimum?* Je suis porté à admettre l'affir-

Pour que le *judicium* soit *legitimum*, on exige qu'il ait lieu dans la ville même de Rome ou dans le premier mille de Rome (1); qu'il porte institution d'un seul juge; et que toutes les personnes qui y figurent, le juge comme les parties, possèdent le droit de cité romaine. L'une de ces trois conditions faisant défaut, le *judicium* est *imperio continens*. Ce second caractère est donc de beaucoup le plus commun, puisqu'on le trouve d'abord dans tous les *judicia* organisés hors de Rome, puis dans tous ceux qui, à Rome même, intéressent un pérégrin ou sont portés devant des récupérateurs (Gaius, IV, §§ 103 à 105). Au surplus, cette classification est tout à fait indépendante de l'origine de l'action. Ainsi une action civile, exercée en province, ne peut donner lieu qu'à un *judicium imperio continens*; et, en sens inverse, une action honoraire étant exercée à Rome, le *judicium* sera *legitimum*, pourvu que les trois conditions indiquées se trouvent réunies (Gaius, IV, § 109).

Chemin faisant, nous avons déjà rencontré plusieurs applications de notre distinction. Le *judicium legitimum* est le seul, avons-nous vu, où la survenance d'un procès entre le tuteur et le pupille nécessite la nomination d'un tuteur spécial (n° 147); où la femme en tutelle soit incapable de figurer *sine auctoritate tutoris* (n° 164); où la *capitis deminutio* du demandeur éteigne son droit (n° 182); où l'adjudication transfère la propriété quiritaire (n° 748); enfin où la *litis contestatio* produise *ipso jure* son effet extinctif (n° 766) (2). Mais la principale différence entre les deux espèces de *judicia*, celle que Gaius s'applique particulièrement à mettre en relief, se réfère à la durée possible de l'instance. Il paraît qu'à l'origine les *judicia legitima* étaient perpétuels, c'est-à-dire, ne se périmaient par aucun laps de temps (3). Mais l'une des *leges Juliæ judiciariæ* précédemment men-

mative pour les *judicia centumviralia*, et la négative pour les *cognitiones extraordinariæ*.

(1) On faisait une différence entre *urbs* et *Roma*. *Urbs* comprenait seulement les terrains enfermés dans l'enceinte des fortifications. *Roma* s'étendait aux constructions adjacentes (*continentia ædificia*) (LL. 2, 87, 139 pr., 147, *De verb. sign.*, L, 16). Comme Gaius parle ici de la ville (*urbs Roma*), c'est que le *judicium* n'était *legitimum* que dans un rayon d'un mille au delà de l'enceinte.

(2) Un passage illisible du manuscrit de Gaius (IV, § 80) indiquait probablement un autre effet spécial aux *judicia legitima*.

(3) Gaius ne dit pas formellement qu'autrefois ces *judicia* fussent perpétuels. Aussi quelques interprètes ont-ils conjecturé que jusqu'à la loi Julia ils furent soumis à la même règle que les *judicia imperio continentia*. Mais si la règle ancienne eût été uniforme, la loi Julia l'eût probablement changée pour tous les *judicia*. Car il

tionnées en restreignit la plus longue durée à dix-huit mois, de sorte que le jugement n'étant pas rendu dans ce délai, le juge devait être dessaisi et le droit du demandeur définitivement perdu (Gaius, IV, § 104). Quant aux *judicia imperio continentia*, le principe admis dès l'origine, et d'où vint leur dénomination (1), fut qu'ils pourraient subsister jusqu'à l'expiration des fonctions du magistrat qui avait délivré la formule, et qu'ils ne subsisteraient jamais plus longtemps (Gaius, IV, § 105) (2). Leur durée était donc essentiellement variable et n'allait jamais au delà d'un an moins une fraction de jour, puisque toute les magistratures romaines étaient annales. Du reste, quelque bref que le délai dût être, l'application de la règle n'offrait aucune difficulté. Car on savait d'avance à quel moment précis les fonctions du magistrat devaient finir. Cela fut absolument vrai jusqu'à la fin de la république; et même sous l'empire cela resta vrai tant en Italie que dans les provinces administrées par le sénat. Mais on sait que dans les provinces impériales, les gouverneurs cessèrent d'être nommés pour un temps déterminé. Le prince les révoquant ou les déplaçant à volonté, il pouvait donc arriver, nonobstant la diligence des parties et des juges, que nombre d'instances se trouvassent tout à coup soumises à une péremption aussi inévitable qu'imprévue. Que fit-on pour obvier à ce résultat? Nous ne le savons pas d'une façon précise. Mais nous lisons dans un texte de Paul (L, 49 § 1, *De jud.*, V, 1) que les juges nommés par un *præses*, c'est-à-dire sans doute par le gouverneur d'une province impériale, peuvent encore et doivent juger sous le successeur du magistrat qui les a institués (3). Cette décision nous permet de conjecturer que la pratique étendit aux *judicia*, orga-

est dans la nature d'une distinction arbitraire, comme celle que j'étudie en ce moment, d'aller s'effaçant petit à petit plutôt que s'accentuant.

(1) *Continens* équivaut ici à *conjunctus* ou *contiguus*. On trouve plus d'un exemple d'un semblable emploi de ce mot (Cic., *pro Cec.*, 4. — *De nat. deor.*, I, 11; II, 45).

(2) Que décider si le magistrat venait à mourir ou à se démettre? Peut-être le *judicium* subsistait-il néanmoins pour le reste de l'année; peut-être s'éteignait-il, et alors sans aucun doute il y avait lieu à une *in integrum restitutio*.

(3) Un texte d'Ulpien (L. 13 § 1, *De jurisd.*, II, 1), évidemment applicable à toutes les provinces, porte que les magistrats ne peuvent pas *judicare jubere eo die quo privati futuri essent*. Ulpien est-il donc en contradiction avec Paul? Je ne le crois pas. Toute sa pensée est que le *judicium* est nul, si le juge est expressément chargé de ne prononcer sa sentence qu'à une époque où le magistrat ne sera plus en fonction.

nisés dans les provinces de l'empereur, le délai fixé par la loi Julia relativement aux *judicia legitima* (1).

Reste à nous rendre compte de cette distinction fort arbitraire en elle-même. Or, autant elle serait étrange et inintelligible si elle faisait partie d'un système de procédure organisé d'ensemble à une époque où Rome était presque maîtresse du monde connu, autant elle paraîtra simple et même naturelle, si l'on part des faits suivants. Rome ne fut longtemps qu'une petite cité, et l'exiguïté de son territoire permettait alors que la justice ne fût rendue que dans l'enceinte de la ville ou dans l'étroit rayon de la banlieue. Longtemps aussi elle n'eut que des sujets citoyens Romains, par conséquent, il n'y avait jamais nécessité de juger des procès entre pérégrins ni de prendre pour juges des pérégrins. Enfin, l'usage des *recuperatores* emprunté, comme on l'a vu, au droit international, pénétra relativement tard dans le droit privé des Romains, il y eut donc un temps où toutes les affaires soumises à la procédure formulaire étaient portées devant un juge unique. La conclusion qui se dégage de ces faits, c'est que les *judicia* que Gaius appelle *legitima* furent pendant longtemps les seuls connus, les seuls que la loi autorisât. C'est donc par dérogation au droit civil primitif que plus tard on admit la possibilité d'organiser un *judicium* soit hors de Rome, soit entre plaideurs qui ne fussent pas tous Romains, soit devant un juge pérégrin ou devant des *recuperatores*. Peut-être même que l'initiative de ces innovations fut prise par le Préteur. Et voilà pourquoi ces nouveaux *judicia* furent considérés comme une dépendance de son *imperium*, pourquoi aussi on leur attribua des effets moins pleins et moins absolus qu'aux *judicia legitima*.

775. Voyons maintenant quelle est la mission ou le devoir du juge, ce que les Romains appellent *officium judicis*. Et d'abord, il va sans difficulté que la nature de l'action exerce ici une grande influence : par exemple, selon qu'elle sera réelle ou personnelle, de bonne foi ou de droit strict, l'office du juge variera très sensiblement. Mieux que cela, étant donné deux actions de même nature, soit par exemple une revendication et une pétition d'hérédité, l'office du juge ne sera pas absolument identique. Tout cela revient à dire sous une autre

(1) Dans tous les cas le magistrat peut enjoindre au juge de statuer dans un délai plus bref que le délai légal (L. 2 § 2 ; L. 32, *De jud.*, V, 1). Aulu-Gelle (XII, 13) rapporte que les consuls l'ayant nommé juge lui prescrivirent de statuer *intra calendas*.

forme que chaque action a ses règles propres, de sorte qu'une étude complète de l'*officium judicis* embrasserait l'étude détaillée des diverses actions (1). Mais tel n'est pas ici notre objet ; nous ne recherchons en ce moment que les règles générales qui s'imposent au juge, quelle que soit l'action exercée. Or, ces règles sont au nombre de deux :

1° Il doit avant tout se conformer à la formule ; il le doit, fallût-il pour cela violer tout ensemble et la loi et le sens commun. Cicéron (*In Cecil. div.*, 17) rapporte qu'à l'époque où Verrès était Préteur en Sicile, il y avait à Lilybée une femme nommée Agonis, jadis esclave du temple de Vénus à Eryx, maintenant affranchie et fort riche. Dans son patrimoine elle avait des esclaves musiciens. Cécilius, questeur de Verrès, voulut les lui prendre. Agonis, croyant que la cupidité du questeur s'arrêterait devant un scrupule religieux, lui opposa qu'elle-même et tous ses biens appartenaient à Vénus. Aussitôt Cécilius de nommer des récupérateurs et de leur soumettre cette question : *An paret Agonidem se et sua Veneris esse dixisse* (2). Que font ces récupérateurs? Ils décident qu'Agonis a bien tenu le propos qui lui est attribué. Sur quoi Cécilius la fait rentrer en servitude, prononce l'envoi en possession de tous ses biens au profit du temple de Vénus et les vend. Les récupérateurs avaient-ils donc manqué à leur devoir? Non, dit Cicéron, ils n'avaient fait qu'obéir à la nécessité. Voilà bien la preuve que le juge doit suivre la formule, au risque, s'il le faut, de violer la loi. Voici maintenant la preuve qu'il ne doit pas non plus reculer devant une absurdité. Le même Cicéron (*In Verr.*, 2 *act.*, II, 12) suppose une formule de revendication où l'ordre est donné au juge de condamner le défendeur, si celui-ci justifie de son droit de propriété sur la chose litigieuse et néanmoins refuse de la restituer. Que devra faire le juge? fût-il, dit Cicéron, le plus versé dans la connaissance du droit et le mieux instruit de ses devoirs, il ne pourra faire autrement que de condamner. Et cependant une telle condamnation sera tout à la fois illégale et absurde. Cette obéissance à la formule, qui est la règle suprême du juge, règle excellente lorsque le magistrat a la conscience et l'intelligence

(1) Voilà pourquoi sous la rubrique *De officio judicis* (IV, 17), Justinien, après avoir énoncé la seule règle générale de sa législation sur l'office du juge, se jette immédiatement, avec fort peu de méthode d'ailleurs, dans une série d'explications spéciales à certaines actions.

(2) Il s'agit évidemment ici d'une formule préjudicielle.

de ses devoirs, mais règle souverainement dangereuse, si ce magistrat n'est qu'un Verrès, nous explique : 1° pourquoi les inexactitudes commises dans la rédaction de la formule lient le juge à ce point que même sur la demande des parties, il ne peut pas les rectifier (1); 2° pourquoi aussi les exceptions qui ne sont point insérées dans la formule ne peuvent en général, quelque fondées qu'elles soient, être proposées *in judicio;* 3° enfin pourquoi, comme nous l'avons déjà vu, le juge fait le procès sien, lorsqu'il excède les pouvoirs que la formule lui confère (n°s 685 et 763).

2° Dans l'examen des questions qui lui sont soumises, le juge doit se conformer aux lois, aux constitutions impériales, aux coutumes, et d'une manière plus large, aux principes du droit (2). Cette règle, à la différence de la précédente, n'est pas spéciale au juge, car le magistrat, lui aussi, soit qu'il ait une formule à délivrer, soit qu'il juge extraordinairement, est tenu d'obéir aux lois. Mais cette obligation n'a pas pour l'un et pour l'autre une portée égale. A l'égard du magistrat elle est absolue, c'est-à-dire qu'aucune autre règle ne restreint. Au contraire à l'égard du juge, elle est évidemment subordonnée à l'observation de la formule et par conséquent peut avec exactitude s'exprimer en ces termes : le juge est tenu d'obéir aux lois toutes les fois que la formule ne lui enjoint pas de les violer. Je n'ai pas besoin d'ajouter que la première de nos deux règles était destinée à périr avec le système formulaire, et c'est pourquoi Justinien ne pose que la seconde et la pose comme une règle désormais absolue (pr. *sup.*).

Si, comme le prouvent les explications qui précèdent, le juge Romain est l'esclave de la formule avant d'être le serviteur de la loi, cela tient à ce que ses pouvoirs ne sont qu'une émanation de ceux du magistrat lui-même. Aussi trouvera-t-on assez naturel que la délivrance de la formule ne mette pas absolument fin au rôle du magistrat. D'une part, en effet, il reste comme le surveillant et le conseiller du juge : il peut donc le révoquer (L. 58, *De jud.*), prendre

(1) On pourrait traiter ici de ces diverses inexactitudes et des effets qu'elles comportent. Mais, comme la principale se rattache à la distinction des *actiones certæ* et *incertæ*, et qu'il convient de ne pas scinder la matière, j'aime mieux la renvoyer tout entière. On y gagnera d'ailleurs d'être mieux préparé à la comprendre.

(2) J'ai déjà eu l'occasion de dire que cette règle a pour sanction, au moins en bien des cas, la responsabilité du juge envers la partie lésée et la nullité de la sentence (n° 685).

des mesures pour le contraindre à juger (L. 49 § 1; L. 74 pr., *De jud.*), et, sur sa demande, résoudre les questions de droit que le procès soulève (L. 79 § 1, *De jud.*). (1). D'autre part le *judicium* lui-même demeure dans une certaine mesure soumis à la direction du magistrat : nous en avons eu une double preuve dans son intervention en cas de défaut de l'une des parties (nº 773) et dans la théorie de la *translatio judicii* (nº 765). On peut ajouter qu'une fois la sentence rendue, c'est encore le magistrat qui sera compétent pour la faire exécuter et pour connaître des difficultés relatives à l'exécution (L. 15 pr., *De re jud.*, XLII, 1).

776 a. A l'office du juge on peut très méthodiquement rattacher la théorie des preuves. Car c'est devant lui qu'elles se produisent, et c'est lui qui est chargé de les apprécier. Je me bornerai à un examen sommaire de ces deux questions : à qui incombe l'obligation de prouver, et quels sont les modes de preuve admis par le droit Romain?

Sur la première question deux formules bien connues résument tout : 1° *Actori incumbit probatio* (Inst., § 4, *De leg.*, II, 20) (2). Ce principe ne signifie pas que le défendeur n'ait jamais rien à prouver, mais que ce n'est point à lui à proposer le premier ses preuves; en d'autres termes, tant que l'exactitude de l'*intentio* n'est pas établie, la demande est présumée non fondée, et cela parce qu'elle contredit nécessairement un état de choses que la loi considère avec raison comme ordinaire et régulier. S'agit-il, en effet, d'une action personnelle : comment le demandeur serait-il présumé créancier, puisque les obligations ne naissent que de faits déterminés, exceptionnels, et qu'assurément, étant donné deux personnes prises au hasard, il est très rare que l'une soit débitrice de l'autre? S'agit-il, au contraire, d'une action réelle : par hypothèse, c'est contre le

(1) Le même texte porte que le magistrat ne doit jamais répondre au juge sur les questions de fait, cela évidemment dans le but de lui laisser sa pleine indépendance.

(2) Paul (L. 2, *De prob.*, XXII, 3) exprime la même idée en disant : *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Mais cette forme n'est pas heureuse. En effet, c'est sur ce texte, joint à deux autres (L. 23, C., *De prob.*, IV, 19, — L. 10, *De non num. pec.*, IV, 30), que quelques interprètes se sont appuyés pour prétendre qu'il est impossible de prouver une négation. J'ai déjà fait voir la fausseté de cette idée (t. II, page 402, note 4). Des textes formels (L. 5 § 1; L. 8, *De prob.*) montrent que les Romains ne l'acceptaient pas, et ils avaient raison; car la négation d'un fait déterminé se ramène toujours à une affirmation précise qu'il est possible de justifier.

possesseur qu'elle est exercée; or le fait presque constant, c'est que la propriété va avec la possession et que le droit appartient à qui l'exerce. Comment donc présumer que le demandeur soit propriétaire? La conclusion pratique du principe est que le demandeur ne réussissant pas à faire sa preuve, et le droit des deux parties demeurant obscur, le juge doit se prononcer en faveur du défendeur (Inst., § 4, *De interd.*, IV, 15); 2° *Reus in exceptione actor est* (L. 19 pr., *De prob.*, XXII, 3. — L. 1, *De except.*, XLIV, 1). Ce second principe, formulé d'une façon un peu étroite, signifie qu'une fois établis les faits sur lesquels s'appuie la prétention, le défendeur doit prouver à son tour ceux qu'il allègue pour la détruire, et cela sans distinguer si son moyen de défense est tiré du fond ou ne constitue qu'une exception. Par exemple, il est établi que j'ai emprunté telle somme; et je prétends avoir payé ou obtenu un pacte de remise : il faut que je prouve le payement ou le pacte (L. 12, *De prob.*, XXII, 3).

Passons à la seconde question. Les deux principaux modes de preuve sont la preuve écrite et la preuve testimoniale. Celle-ci fut la plus usitée à l'origine.

La preuve écrite, à l'époque où nous nous plaçons, c'est-à-dire sous la procédure formulaire, résulte presque toujours d'actes privés qui portent le nom générique d'*instrumenta privata* (1) et qu'on appelle plus spécialement *arcaria nomina* (Gaius, III, § 131), *syngraphæ, chirographa* (T. II, page 398, note 6), et *idiocheira* (L. 1, C., *Qui pot.*, VIII, 18). Ces actes émanent des personnes intéressées ou de leurs auteurs; et ils ne sont soumis à aucunes formes, si ce n'est qu'ils doivent en général porter la signature des parties, tout au moins de celle qui s'oblige ou aliène (2). Sous le Bas-Empire et peut-être dès la fin de l'époque classique, les particuliers prirent l'habitude de faire rédiger leurs conventions par des officiers publics inférieurs appelés *tabelliones* (L. 1, C. Th., *Ad leg. Corn. de fals.*, IX, 19. — L. 17 C., *De fid. instr.*, IV, 21 — Nov. 73, cap. 5 et s.) (3). On distingua dès lors des *instrumenta privata* et des *instrumenta publica* (4). Mais cette distinction n'appartient véritablement pas au droit classique, ou tout au moins ne préoccupa pas les jurisconsultes (5).

(1) Dans un sens large, le mot *instrumenta* comprend les témoignages aussi bien que les écrits (L. 1, *De fid. instr.*, XXII, 1).

(2) Voyez des exemples d'écrits rédigés *ad probationem* (L. 40, *De reb. cred.*, XII, 1. — L. 126 § 2, *De verb. obl.*, XLV, 1).

(3) Le mot *tabellio* se trouve déjà dans un texte d'Ulpien (L. 9 § 4, *De pœn.*, XLVIII, 19).

(4) L'on a vu un cas où l'acte public était préféré à l'acte privé (n° 287 *in fine*).

(5) Ce n'est pas que de très bonne heure, et l'on peut dire de tout temps, les

Sur la preuve testimoniale, je ne ferai qu'une observation, c'est que le juge doit peser les témoignages et non les compter : on peut donc perdre sa cause en produisant de nombreux témoins, comme on peut la gagner avec un seul (L. 2; L. 21 § 2, *De test.*, XXIII, 5) (1).

Ces deux modes de preuves figurent en droit Romain sur un véritable pied d'égalité, en ce sens que la rédaction d'un écrit n'est jamais exigée, et que la preuve testimoniale est toujours admissible à défaut de preuve écrite (L. 15, C., *De fid. instr.*, IV. 21) (2). Mais les interprètes se sont demandé si, lorsqu'un écrit a été dressé, la preuve qui en résulte peut être combattue par témoins. La négative absolue a pour elle un texte inséré au code Justinien, mais fort suspect, car il ne porte ni date ni nom d'auteur (L. 1, C., *De test.*, IV, 20) (3). Aussi admettrais-je plus volontiers la distinction suivante qui semble résulter des sentences de Paul (V, 15 § 3). Si c'est la sincérité de l'écrit qui est attaquée, soit qu'on prétende y voir d'un bout à l'autre l'œuvre d'un faussaire, soit qu'on se borne à y relever une inexactitude ou un mensonge, de telles allégations pourront être prouvées par témoins. Si au contraire l'écrit est reconnu vrai, mais que la partie à laquelle on l'oppose soutienne simplement qu'il a perdu sa force, par exemple parce

Romains n'aient connu, en certains cas exceptionnels, des preuves que l'on peut appeler authentiques. Je fais allusion aux actes qui, comme les affranchissements *censu* ou *vindicta*, l'adoption, l'adrogation, l'émancipation, exigeaient le concours d'un magistrat ou du peuple lui-même. Il est évident que de tels actes étaient constatés par écrit, et que ces écrits formaient la plus authentique des preuves. Tel fut aussi plus tard le cas des *professiones natales* ou actes de naissance (t. I, p. 107, note 2).

(1) On a quelquefois prétendu que les Romains admettaient la maxime *testis unus, testis nullus*, jadis reçue dans notre jurisprudence. Et l'on s'est fondé sur un texte d'Ulpien (L. 12, *De test.*), où nous lisons que lorsque le nombre des témoins n'est pas désigné avec précision, deux suffisent, attendu que c'est assez pour qu'il y en ait plusieurs. Mais c'est là, bien évidemment, une simple interprétation des textes de loi qui exigent, d'une manière vague, des témoins ou plusieurs témoins. En présence d'un tel langage, on ne peut pas se contenter d'un seul témoin, mais on se contentera fort bien de deux. Voilà toute la pensée d'Ulpien.

(2) Sous le Bas-Empire il y eut des cas où la preuve par témoins ne fut pas recevable en principe. Nous en trouvons des exemples dans la légitimation par mariage subséquent (n° 116) et dans les donations soumises à l'insinuation (n° 304). Il est évident que dans ces hypothèses le témoignage ne pouvait être admis qu'en supposant établie la perte de l'acte qui constatait le mariage ou des registres du magistrat.

(3) Ce texte est tiré d'une constitution qui figure dans les Basiliques (XXI, 1, 25) et pourrait fort bien émaner d'un prince postérieur à Justinien, par conséquent n'avoir été inséré qu'après coup dans le code.

que l'obligation qu'il constate a été exécutée, elle doit fournir une preuve écrite ; elle le doit, dis-je, à moins qu'il ne lui ait été impossible de se procurer ou de conserver la preuve écrite des faits qu'elle allègue (1).

Outre l'écrit et le témoignage, les Romains admettent comme modes de preuve, l'aveu, le serment et les présomptions. De l'aveu, je n'ai rien à dire, si ce n'est que, fait *in judicio*, il ne saurait avoir moins de force que fait *in jure;* il est donc tenu pour vrai et entraîne l'échec de son auteur (n° 753). Sur le serment, il y a une distinction à faire : il peut d'abord être déféré par l'une des parties à son adversaire, et alors, de même que dans la procédure *in jure* (n° 753), celui-ci le prête, le refuse ou le réfère, et finalement la cause est gagnée par celui qui le prête ou perdue par celui qui le refuse (L. 34 § 9, *De jur.*, XII, 2). Mais le serment peut aussi être déféré par le juge à l'une des parties, et alors il doit être prêté ou refusé, mais ne saurait être référé. Du reste le juge n'use de cette faculté qu'autant que les autres preuves sont insuffisantes et *cognita causa* (L. 3, C., *De reb. cred.*, IV, 1) (2). Quant aux présomptions, les jurisconsultes Romains n'y insistent guère et ne s'attachent pas à les classer. Mais ils les reconnaissent certainement, la rubrique du titre *De probationibus et præsumptionibus* (XXII, 3) en fait foi. Il n'est guère possible de chercher à énumérer les diverses présomptions établies dans les textes. Je ferai seulement remarquer que les unes admettent la preuve contraire, telle est la présomption de libération qui résulte de ce que l'écrit probatoire a été volontairement barré par le créancier (L. 24, *De prob. et præs.*); et que les autres l'excluent, telle est la présomption de vérité qui s'attache à la chose jugée (L. 56, *De re jud.*, XLII, 1).

777. Le but évident du *judicium* est d'aboutir à une sentence, et telle en est aussi la conclusion la plus ordinaire (3). Cette sentence,

(1) Justinien confirme implicitement cette doctrine, en décidant que le payement d'une obligation constatée par écrit ne pourra être prouvé, à défaut d'écrit, que par cinq témoins d'une réputation irréprochable et prêts à jurer que le payement a été fait devant eux (L. 18, C., *De test.*).

(2) Il y a une grande différence à faire entre les effets du serment, selon qu'il a été déféré par le juge ou par l'une des parties. Au premier cas une *retractatio causæ* est rendue possible par la découverte de pièces décisives. Au second cas, ce résultat n'est point admis (L. 31, *De jur.*, XII, 2). Du reste le serment prêté sur la délation du juge peut-il être attaqué par l'action *de dolo*? On peut en douter. Sûrement, cette action ne fut point admise à l'égard du serment déféré par l'une des parties (L. 21, *De dol. mal.*, IV, 3. — L. 1, C., *De reb. cred.*, IV, 1).

(3) La sentence doit être lue à haute voix en présence des parties (L. 49 pr., *De*

comme on le sait déjà, absout ou condamne le défendeur. Dans l'un et l'autre cas, et sous des conditions qui seront précisées plus loin, elle fait absolument loi entre les parties, c'est-à-dire qu'exacte ou non, elle exclut entre elles toute recherche ultérieure de la vérité, elle est elle-même tenue *pro veritate* (L. 56, *De re jud.*, XLII, 1. — L. 207, *De reg jur.*, L, 17). D'où il résulte que si le juge se trompe, l'absolution équivaut à un titre de libération, et la condamnation à un titre de créance.

La sentence de condamnation, en cela fort différente de la *litis contestatio*, ne change jamais ni la nature ni l'objet du droit, tels qu'ils étaient depuis l'engagement du *judicium*. Ce droit consistait en une créance, il demeure créance. Il avait pour objet de l'argent, il conserve cet objet; toute la différence est que *pendente judicio* la somme due pouvait être et était presque toujours incertaine, tandis que la sentence la détermine nécessairement (Gaius, IV, § 52).

D'autre part la condamnation ressemble à la *litis contestatio* en ce qu'elle change la cause du droit, comme l'expriment très nettement Gaius (III, § 180) et Marcien (L. 16 § 6, *De pign. et hyp.*, XX, 1) (1). Ce changement de cause est même assez profond pour entraîner des effets que ne produit pas la *litis contestatio*. Ainsi le défendeur se libère *pendente judicio* par l'offre d'une satisfaction adéquate à la demande : désormais le demandeur sera libre de repousser cette offre et d'exiger l'exécution de la sentence (2). Ainsi encore, la chose due

re jud. — L. 1, C., *De sent. ex per.*, VII, 44). A l'époque classique, elle est rédigée en latin, mais en l'an 397 l'usage du grec fut autorisé (L. 12, C., *De sent. et int.*, VII, 45). Elle est pure et simple, sauf des cas rares où elle est conditionnelle (L. 40, *Ad leg. Aqu.*, IX, 2. — L. 1 § 5, *Quand. app.*, XLIX, 4). J'ai déjà dit et prouvé qu'elle est motivée (T. II, page 888, note 3).

(1) Par conséquent ceux qui voient dans la *litis contestatio* une forme de novation peuvent en voir une aussi dans la sentence de condamnation, et cela plus facilement encore, car cette sentence ne change ni la nature ni l'objet du droit engendré par la *litis contestatio*.

(2) Il y a un texte de Scévola qui paraît me contredire (L. 15, *De dol. mal. et met. except.*, XLIV, 4). En voici l'espèce : un vendeur a fourni un fidéjusseur en vue de l'éviction. Plus tard l'acheteur évincé a fait condamner ce fidéjusseur, et aujourd'hui il le poursuit par l'action *judicati*. Or depuis le jugement le fidéjusseur est devenu propriétaire de la chose vendue, et il offre de la céder à l'acheteur et de parfaire en argent l'indemnité qui peut lui être due. Cette offre, dit le jurisconsulte, doit être acceptée; sinon elle autorisera une *exceptio doli mali*. Je ne puis voir là qu'une décision exceptionnelle, et je l'explique un peu par la faveur qui s'attache en général aux *intercessores*, et principalement par cette considération que dans l'espèce le fidéjusseur n'a pas pu satisfaire en temps opportun, c'est-à-dire *pendente judicio*.

venant à périr fortuitement dans le cours de l'instance, le défendeur, du moins en général, eût été absous : désormais cette perte sera toujours à ses risques. Indépendamment de ces deux effets qui ont une portée générale, et qui se résolvent en une aggravation sensible de la condition du condamné, j'en citerai deux autres, fort peu importants en eux-mêmes, mais qui achèveront de mettre le principe en lumière : 1° on a vu (T. II, page 198, note 3) que d'après les lois Julia et Papia Poppæa, l'*obligatio operarum liberti* s'éteint lorsque le débiteur est père de deux enfants en sa puissance. Or, pour que l'extinction s'opère, il suffit que ces deux enfants ou le second surviennent *pendente lite*. Mais une fois le jugement rendu, la nouvelle paternité de l'affranchi n'est plus prise en considération : son obligation est absolument définitive (L. 37 § 6, *De op. lib.*, XXXVIII, 1); 2° on verra bientôt que dans l'action *de peculio* la condamnation ne peut excéder l'actif du pécule, déduction faite de ce que l'esclave doit à son maître. En supposant donc une autre poursuite *de peculio* exercée contre le même maître du chef du même esclave, donnera-t-elle lieu à déduction? On décide affirmativement, si la condamnation est déjà prononcée; négativement, si elle ne l'est pas encore (L. 9 § 8 ; L. 10, *De pec.* XV, 1).

Le *judicium* ne se dénoue pas toujours par une sentence. Quelquefois il s'éteint purement et simplement, et le juge se trouve dessaisi sans avoir jugé. Ce résultat se présente surtout dans deux cas : savoir, lorsque l'instance est périmée (n° 774), et lorsque l'une des parties succède seule à la personne ou au patrimoine de l'autre, par exemple à titre d'héritier ou d'adrogeant (L. 11, *De jud.*, V, 1). Dans le premier cas, l'extinction du *judicium* peut tenir soit à un obstacle fortuit, soit à la négligence du juge (1) ou des parties (2); dans le second, elle tient à ce principe que nul ne peut avoir de droit ni agir contre soi-même (3).

(1) En ce cas le juge fait le procès sien (Macrobe, *Sat.*, II, 12).

(2) Je dis *des parties* et non pas *du demandeur*, car le défendeur lui-même a souvent intérêt à ce que l'instance suive son cours et se termine par un jugement. Nous en trouverons la preuve en étudiant les diverses peines établies pour réprimer l'esprit de chicane.

(3) On peut citer d'autres cas où l'instance se dissout d'elle-même, sans jugement. Par exemple le renouvellement d'un mariage entre deux époux divorcés éteint le *judicium rei uxoriæ* et le *judicium rerum amotarum* (L. 19, *Sol. matr.*, XXIV, 3. — L. 30, *Rer. amot.*, XXV, 2). La confiscation intégrale de la dot produit le même effet relativement au *judicium rei uxoriæ* (L. 24 § 7, *Sol. matr.*).

VI. — DES VOIES DE RECOURS CONTRE LES JUGEMENTS.

778. Sous la république, les décisions judiciaires ne pouvaient être attaquées que par des voies tout à fait exceptionnelles, savoir la *revocatio in duplum*, l'*intercessio* et l'*in integrum restitutio*. Toutes les trois se maintinrent sous l'empire, mais on en vit bientôt s'introduire une quatrième, qui devint la voie régulière et ordinaire, ce fut l'appel.

A. *Revocatio in duplum*. — Cette voie de recours est certainement très ancienne. Pour la comprendre, supposons que le défendeur condamné allègue la nullité du jugement, ce qui au fond revient à soutenir que lui-même n'est pas véritablement condamné (L. 4 § 6, *De re jud.*, XLII, 1) (1). Deux moyens lui sont donnés pour faire valoir cette prétention : il peut ou attendre que l'action *judicati* soit exercée contre lui et alors se défendre en alléguant l'inexistence légale du jugement, ou au contraire prendre l'initiative d'une attaque et exercer une action qu'on appelle *revocatio in duplum*. Mais ce second parti présente pour lui un danger : c'est que, s'il succombe, la nouvelle condamnation prononcée aura pour objet le double de la première. Cette explication se fonde sur un passage de Cicéron (*pro Flacc.*, 21). La *revocatio in duplum* n'est évidemment pas admise contre les jugements d'absolution, et on la refuse au condamné *contumax* (L. 1, C. Greg., *Quib. res jud.*, X, 1. — Paul, V, 5ª § 7). Elle ne reste ouverte que pendant dix ans entre présents, et vingt ans entre absents (Paul, V, 5ª § 8), d'où je conclus qu'il n'y a jamais lieu d'y recourir lorsque l'on se propose de nier l'existence même, et non pas simplement la validité du jugement, car il serait incompréhensible qu'un laps de temps quelconque assurât l'effet d'une prétention fondée sur une condamnation qui n'a jamais été prononcée.

A. *Intercessio*. — C'était une règle du droit public Romain que tout magistrat pût opposer son *veto* aux décisions d'un autre magistrat égal ou inférieur (Cic., *De leg.*, III, 3; *pro Cluent.*, 43. — Aul.-Gell., XIV, 7) (2). Solliciter ce *veto*, c'était faire une *appellatio*, et le pronon-

(1) J'ai déjà cité des cas où le jugement est nul *ipso jure* (nº 685). On en trouvera d'autres en parcourant les textes (L. 74 § 2, *De jud.*, V, 1. — L. 47 pr., *De re jud.*, XLII, 8. — L. 1 § 3, *Quæ sent. sine app.*, XLIX, 8).

(2) Les *tribuni plebis* furent spécialement créés pour maintenir les autres magistrats dans le devoir et s'opposer à leurs injustices. Le *jus intercedendi* constitue

cer, c'était *intercedere*. Du reste, il n'avait qu'un effet négatif, c'est-à-dire, qu'il arrêtait l'exécution d'une décision sans la remplacer par aucune autre. Très certainement l'*intercessio* pouvait être provoquée à propos de la rédaction d'une formule (Cic., *pro Tullio*, IV, 38), et elle devait suffire pour paralyser un *judicium* organisé et empêcher le juge de statuer (Cic., *pro Cluent.*, 27. — L. 58, *De jud.*, V, 1). Mais était-elle encore admissible après la sentence du juge? je le crois; car tout acte d'exécution tant contre la personne que sur les biens supposait l'intervention d'un magistrat (Tit.-Liv., VI, 27). Ce qui n'est pas moins vraisemblable, c'est qu'elle était admise contre les jugements rendus par le magistrat lui-même dans une *cognitio extraordinaria*. Il est évident du reste, qu'à raison de son effet purement négatif, elle ne pouvait rien contre les jugements d'absolution; c'était donc une voie de recours fort insuffisante, et cela d'autant plus que, dans les provinces, elle ne comportait qu'une application fort restreinte. Là en effet, l'*intercessio* pouvait bien s'exercer dans les rapports des magistrats municipaux entre eux (Tab. Salp., 27); on la conçoit aussi pratiquée par le président de la province contre les décisions des magistrats locaux; mais lui-même, n'ayant dans sa province ni égal ni supérieur, n'avait à craindre aucune *intercessio* (Pseudo-Ascon., *Ad Cic.*, 2ª *act. in Verr.*, II, 12).

A. *In integrum restitutio.* — Parmi les cas nombreux où cette voie de recours peut être admise, les deux principaux sont ceux d'un jugement rendu contre un mineur de vingt-cinq ans, ou déterminé par des pièces ou des témoignages dont la fausseté a été ultérieurement reconnue (*Si adv. rem jud.*, C., II, 27. — *Si ex falsis instr.*, C., VII, 58). Au surplus, nous n'avons ici qu'une application particulière d'une théorie générale sur laquelle je reviendrai. Je me bornerai donc pour le moment à faire remarquer que l'*in integrum restitutio*, à la différence des deux précédents modes de recours, atteint aussi bien les jugements d'absolution que ceux de condamnation.

779. — *Appel.* C'est par Auguste que l'appel paraît avoir été introduit, et il dut primitivement être porté, pour les jugements rendus à Rome, devant le Préteur urbain, et pour les jugements rendus en province, devant des consulaires désignés chaque année à cet effet

donc leur attribution principale (Tit.-Liv., II, 33. — Cic., *De leg.*, III, 3. — Aul.-Gell., XIII, 12). Aulu-Gelle nous a conservé deux remarquables exemples de leur *intercessio* (IV, 14; VII, 19).

(Suéton., *Oct. Aug.*, 33) (1). Cette innovation se développa peu à peu et finit par former une théorie fort compliquée. En voici les traits les plus essentiels, tels que nous les trouvons dans le dernier état du droit classique.

En principe, l'appel est possible, de quelque autorité qu'émane la décision, et quelque peu importante que soit l'affaire (2). Il y a là deux règles qui l'une et l'autre comportent des exceptions. D'une part, en effet, l'empereur et le préfet du prétoire statuent toujours en dernier ressort : l'empereur, parce qu'il est placé au sommet de la hiérarchie judiciaire; le préfet du prétoire, parce qu'il juge *vice principis* (L. 17, *De min.*, IV, 4. — L. 1 § 1, *A quib. app.*, XLIX, 2. — L. 3, C., *Si adv. rem jud.*, II, 27). D'autre part, il faut que l'intérêt litigieux s'élève à une certaine somme pour que l'appel puisse être porté jusqu'au tribunal de l'empereur lui-même (L. 10 § 1, *De appell.*, XLIX, 1) (3).

L'appel est jugé, quand il s'agit d'une affaire soumise à la procédure formulaire, par le magistrat qui a délivré la formule ou par son successeur (4), et dans les *cognitiones extraordinariæ*, par le magistrat immédiatement supérieur à celui qui a statué en premier ressort (L. 1 pr.; L. 3, *Quis a quo app.*, XLIX, 3). Du reste, les parties sont admises à remonter, d'appel en appel, tous les degrés de la hiérarchie judiciaire. Ainsi, lorsque le juge a été institué en Italie par un magistrat municipal, l'appel pourra être jugé successivement par ce magistrat lui-même, par le préteur, par le *præfectus urbi*, et finalement, selon le choix de l'appellant ou l'importance de la cause, par le préfet du prétoire ou l'empereur (L. 38, *De min.*, IV, 4. — L.

(1) L'empire établit dans l'ordre judiciaire, comme dans l'ordre politique, une véritable hiérarchie, et c'est ce qui explique l'introduction de l'appel. Auguste ne fit d'ailleurs qu'étendre aux matières civiles un principe dès longtemps admis dans les matières criminelles. Là, en effet, des lois anciennes avaient autorisé l'appel au peuple (Cic., *De rep.*, II, 31).

(2) Je ne veux pas dire que l'appel fût possible en toute affaire et au profit de toute personne. Ainsi il n'était point admis dans certaines causes qui présentaient un caractère d'urgence (L. 7, *De app. rec.*, XLIX, 5), et on le refusait au *contumax* (nº 773). J'ajoute que les parties pouvaient d'avance renoncer à l'appel, et que l'empereur pouvait le leur interdire lorsque lui-même désignait le juge (L. 1 §§ 3 et 4, *A quib. app.*, XLIX, 2).

(3) De là une constitution de Justinien formant la loi 37, au code, *De appellationibus* (VII, 62).

(4) Lorsque c'est le délégué du magistrat qui a donné la formule, l'appel est porté au délégant (L. 1 § 1, *Quis a quo app.*).

122 § 5, *De verb. obl.*, XLV, 1). Que si nous supposons la même espèce en province, il n'y aura que deux appels; le premier sera porté devant le *præses provinciæ*, le second devant le préfet du prétoire ou l'empereur (1).

A. L'appel doit être interjeté dans le bref délai de deux jours si l'appelant plaidait en son propre nom, de trois jours s'il plaidait *alieno nomine*, c'est-à-dire, sans être personnellement intéressé dans l'affaire. Mais il s'agit ici de *dies utiles*, et le délai court du jour de la sentence lorsqu'elle a été rendue contre une personne présente, sinon, du jour où la partie qui succombe a connu le résultat du procès (L. 1 §§ 5, 12, 13 et 15, *Quand. appell.*, XLIX, 4) (2). L'appel était adressé dans une forme quelconque au juge même dont on attaquait la sentence, et celui-ci pouvait ou le recevoir ou ne pas le recevoir : au premier cas, il délivrait à l'appelant, dans les cinq jours, des lettres de renvoi (*litteræ dimissoriæ* ou *apostoli*); au se-

(1) L'appel *per saltum*, c'est-à-dire celui qui franchit un ou deux degrés, qui par exemple est interjeté directement du juge au préfet du prétoire, n'est point admis en général. Mais dans l'espèce l'appelant est renvoyé devant le magistrat compétent, tandis que l'appel porté devant un magistrat inférieur à celui dont la décision est attaquée serait nul (L. 1 § 3 ; L. 21 pr., § 1, *De appell.*). Il y a un cas, cependant, où l'appel *per saltum* n'a rien d'irrégulier. C'est lorsque le magistrat dont on appelle a pour supérieur immédiat le préfet du prétoire. Ici en effet, l'appel peut être porté tout droit devant l'empereur. Sans cela, l'empereur ne serait jamais juge d'appel, puisque le préfet du prétoire statue toujours en dernier ressort.

(2) Une difficulté s'élève ici : ou l'absent est *contumax*, ou il ne l'est pas; or dans le premier cas on sait que l'appel lui est refusé (n° 773), et dans le second la sentence est nulle de plein droit (L. 1 § 1, *De fer.*, II, 12. — L. 1 § 3, *Quæ sent. sine app.*, XLIX, 8). Comment donc comprendre le délai donné à l'absent pour appeler? Je réponds d'abord que si les sentences nulles de plein droit n'ont pas besoin d'être attaquées par voie d'appel, si la nullité peut en être proposée à l'époque quelconque où l'exécution en est poursuivie, néanmoins l'intéressé n'est pas tenu d'attendre ces poursuites, il peut appeler précisément dans le but de faire reconnaître la nullité de la sentence (L. 1 pr., *Quæ sent. sine app.*), et l'on remarquera en passant combien cette doctrine dut contribuer à faire tomber la *revocatio in duplum*, qui, en effet, n'est plus du tout mentionnée dans la compilation de Justinien. Mais cette première réponse, quelque exacte qu'elle soit, n'est pas complète; car les textes font allusion à des jugements qui, rendus contre des absents, deviennent inattaquables faute d'un appel interjeté dans le délai légal. Ces jugements sont donc valables, et puisque l'appel en est supposé possible, c'est qu'ils n'ont pas été rendus contre des *contumaces* (L. 4, C., *De lib. caus.*, VII, 16. — L. 11, C., *Quom. et Quand. jud.*, VII, 43). Je serais porté à croire qu'il s'agit là de jugements simplement prononcés en l'absence de la partie perdante, l'instance ayant d'ailleurs été contradictoire. Ce point de vue est autorisé par un texte de Julien (L. 60, *De re jud.*, XLII, 1).

cond cas, l'appel n'était pas moins valable (L. 1 § 4, *De appell.* — LL. 4 et 5, *De app. rec.*, XLIX, 5. — L. 1 pr., *De lib. dim.*, XLIX, 6. — Paul, V, 34 § 1), mais il est à croire que le juge qui n'avait pas eu de bons motifs pour refuser de le recevoir encourait une peine (1).

A. Quant aux effets de l'appel, je les résume ainsi : 1° il est suspensif, c'est-à-dire que la sentence ne peut être mise à exécution, tant qu'elle n'a pas été confirmée (L. 6, *De app. rec.* — L. 1 pr. et § 1, *Nihil innov.*, XLIX, 7); 2° la mission du juge d'appel consiste ou à déclarer l'*appellatio injusta*, et alors la sentence attaquée s'exécute, ou à déclarer l'*appellatio justa*, et alors il ne se borne pas à empêcher l'exécution du premier jugement, il l'infirme et le remplace par un nouveau jugement; 3° l'appelant qui succombe encourt une peine pécuniaire qui peut être égale au tiers de l'intérêt litigieux. Le payement de cette peine est garanti soit par le dépôt de la somme, soit par des fidéjusseurs (Paul, V, 33 §§ 1, 2, 3 et 8).

VII. — DE L'EFFET DES CONDAMNATIONS. — DES VOIES D'EXÉCUTION.

780. Toute condamnation expose le débiteur à l'action *judicati*, à l'emprisonnement et aux voies d'exécutions sur les biens. Mais l'exercice de ces diverses voies de poursuite est régulièrement suspendu pendant un certain temps. On se rappelle que les Douze Tables accordaient au condamné trente jours pour se procurer de l'argent et payer (n° 745). Le Préteur lui donna deux mois, c'est Justinien qui nous l'apprend (L. 3 § 1, C., *De usur. rei jud.*, VII, 54), pendant lesquels il ne devait être inquiété d'aucune façon (L. 7, *De re jud.*, XLII, 1. — Gaius, III, § 78) (2). Du reste, le magistrat pouvait, suivant les circonstances, augmenter ou diminuer ce délai; et le juge lui-même avait le droit de l'allonger, mais non de le raccourcir (L. 2; L. 4 § 5; L. 31, *De re jud.*).

De l'action JUDICATI. — Cette action ne se conçoit qu'autant que le débiteur conteste l'existence ou la validité du jugement; elle est alors le préliminaire obligé du recours aux voies de contrainte ou d'exécu-

(1) Telle est du moins la règle en vigueur sous le Bas-Empire (L. L. 19, 21, 24, C., *De app.*, VII, 62). Or les peines ont bien pu être modifiées après la chute du système formulaire, mais rien ne prouve que le principe lui-même soit nouveau.

(2) Comme ce délai fut doublé par Justinien, les textes du Digeste ne le mentionnent jamais avec précision. Ils parlent d'un *legitimum tempus*, de *dies statuti* ou *constituti*.

tion. Elle présente deux particularités remarquables : c'est que le défendeur, même plaidant *suo nomine*, doit fournir la caution *judicatum solvi* (Gaius, IV, §§ 25 et 102), et que niant l'existence même du jugement, il encourt une condamnation au double (Gaius, IV, § 9) (1).

De l'emprisonnement. — L'ancienne *addictio judicati* ne disparut pas avec la *manus injectio* dont elle était la conséquence (n° 745). Le créancier perdit sans doute le droit de vendre ou de tuer son débiteur. Mais se le faire livrer par le magistrat, l'enchaîner, le tenir *in carcere privato* jusqu'à l'entier acquittement de la condamnation, tout cela lui demeura permis (Cic., *pro Flacco*, 20. — Aul.-Gell., XX, 1, n° 51). Toutefois, à en juger par le silence presque complet des sources juridiques, cette voie de contrainte n'était guère usitée, ce qui s'explique d'abord par cette considération qu'une fois les biens du débiteur vendus, l'emprisonnement se résout en une rigueur inutile. Mais une seconde raison, non moins décisive peut-être, nous est fournie par le bénéfice de la *bonorum cessio*. En effet, l'une des deux *leges Juliæ judiciariæ* permit au débiteur de conserver sa liberté en faisant à ses créanciers l'abandon général de ses biens (2). Cet abandon le dessaisit immédiatement de l'exercice de ses droits (L. 17 pr., *De recept.*, IV, 8), mais ne le dépouille pas de sa propriété, ne lui ôte pas même la possession, et en conséquence, il peut, sous la condition de payer tout ce qu'il doit, reprendre tout ce qu'il a cédé. Réciproquement, et en sens inverse, les créanciers ne deviennent ni propriétaires ni possesseurs des biens abandonnés, donc ne peuvent ni les garder en payement ni les usucaper (LL. 2 et 3, C., *Qui bon. ced. poss.*, VII, 71). Tout leur droit consiste à les vendre, et encore très probablement, faut-il pour cela qu'ils obtiennent un envoi en possession (Gaius, III, §§ 78 et 79). La validité de la *bonorum cessio* suppose trois conditions : 1° il faut que le débiteur soit *judicatus* ou *in jure confessus* (L. 8, *De cess. bon.*, XLII, 3) (3) ; mais cela ne

(1) J'estime que la condamnation se borne au simple, lorsque le défendeur a seulement nié la validité de la sentence. Autrement les textes ne diraient pas de l'action *judicati* qu'elle est donnée *in duplum* en cas d'*infitiatio;* ils diraient absolument qu'elle est *in duplum*. Il ressort de là que mieux vaut pour le défendeur frappé d'une condamnation nulle attendre d'être poursuivi par l'action *judicati* qu'exercer la *revocatio in duplum*, et cela n'est pas déraisonnable. On conçoit que la loi se montre plus sévère pour qui attaque que pour qui se défend.

(2) Cette loi n'avait statué que pour l'Italie, mais des constitutions impériales l'étendirent aux provinces (L. 4, C., *Qui bon. ced. poss.*).

(3) Le texte cité présente la simple reconnaissance de la dette comme équiva-

veut pas dire que la *bonorum cessio* ne profite qu'aux créanciers nantis d'un jugement. Elle est toujours réputée faite en faveur de tous (L. 4 § 1, *De cess. bon.*); 2° il faut que le débiteur ait réellement des biens; par conséquent la *bonorum cessio* ne peut pas être faite par un fils de famille qui n'a pas de pécule *castrense* (1); 3° il faut, puisqu'elle doit aboutir à une *missio in possessionem* et à une *bonorum venditio*, qu'elle porte sur l'ensemble des biens du débiteur, et c'est ce qu'implique l'expression même de *bonorum cessio* (2). — Quant à ses effets, le principal, je l'ai déjà dit, consiste à libérer le débiteur de l'emprisonnement (L. 1, C., *Qui bon. ced. poss.*). Mais de plus, comme nous le verrons tout à l'heure, elle écarte ou adoucit certaines conséquences de la *bonorum venditio*.

781. *Des voies d'exécution sur les biens.* — La voie ordinaire est la *bonorum venditio per universitatem*; mais à côté d'elle nous trouvons aussi la *bonorum distractio* et le *pignus ex causa judicati captum*.

De la BONORUM VENDITIO. — On sait déjà qu'elle n'est pas spéciale à l'hypothèse d'un *judicatum*; j'ai donné la nomenclature des cas où elle est admise (n° 482), et j'ai dit que dans tous elle est précédée d'une *missio in possessionem* (n° 483). C'est cette *missio in possessionem*, considérée comme le préliminaire obligatoire de la *bonorum venditio*, qu'il faut surtout étudier ici. Or, elle a des règles de deux sortes : les unes sont générales, c'est-à-dire indépendantes de la

lente à un jugement et à une *confessio in jure*. Mais cela ne se comprend guère. Car une telle reconnaissance est implicitement comprise dans toute *bonorum cessio*. Il est donc à peu près certain que nous rencontrons ici une interpolation, à moins que le texte ne se référât à quelque hypothèse tout à fait spéciale, par exemple à celle d'une reconnaissance faite devant un arbitre *ex compromisso* (L. 17 pr., *De rec.*, IV, 8.).

(1) D'après une constitution de Justinien (L. 7, C., *Qui bon. ced. poss.*), le fils de famille est autorisé à faire la *bonorum cessio*, soit qu'il ait actuellement des biens ou qu'il n'en ait pas, car il peut en acquérir. Cette décision eût été inutile, si la doctrine qu'elle exprime avait été admise dès l'époque classique, et le motif même sur lequel l'empereur s'appuie prouve qu'il innove.

(2) Ces trois conditions sont-elles seules exigées ? Sans aucun doute, il y eut un temps où la *bonorum cessio* devait être faite dans des formes déterminées. Elles furent supprimées par Théodose I, et nous les ignorons (L. 5, C., *Qui bon. ced. poss.*). Nulle difficulté sur ce point. Mais c'est une question fort controversée que de savoir si le débiteur de mauvaise foi était admis à la *bonorum cessio*. Deux constitutions du code Théodosien exigent la bonne foi quand il s'agit des débiteurs du fisc (L.L. 1 et 4, C. Th., *Qui ex leg. Jul.*, IV, 20). La difficulté est de savoir si elles appliquent une règle générale, ou si elles constatent une exception. La première opinion paraîtra certainement plus rationnelle et plus conforme à la doctrine qui donne l'action Paulienne contre le *fraudator* (n° 852). En sens contraire, on a voulu s'appuyer sur la novelle 135.

cause qui a déterminé la *missio in possessionem;* les autres varient avec cette cause.

Les principales règles générales sont les suivantes : 1° la *missio in possessionem* porte sur le patrimoine entier du débiteur, car tel doit être aussi l'objet de la vente (Cic., *pro Quintio*, 29) (1); 2° le droit de la prononcer n'appartient qu'au magistrat supérieur (2). Aussi dit-on qu'il rentre plutôt dans l'*imperium* que dans la *jurisdictio* (L. 4, *De jurisd.*, 1. — L. 26 pr. et § 1, *Ad mun.*, L, 1); 3° elle n'est jamais accordée que sur la demande d'un ou de plusieurs créanciers, mais elle est toujours accordée *in rem*, c'est-à-dire que le créancier ou les créanciers qui l'ont obtenue sont réputés avoir agi au nom de tous, et par conséquent, vinssent-ils à être désinteressés, les autres n'en conserveraient pas moins le droit de poursuivre la vente (L. 12 pr., *De reb. auct. jud.*, XLII, 5); 4° la *missio in possessionem* dessaisit le débiteur de l'exercice de ses droits, mais elle ne lui ôte ni la propriété ni même la possession; les créanciers ne peuvent donc ni se faire attribuer les biens en payement, ni les usucaper, ni user des interdits (LL. 6 et 8, C., *De bon. auct. jud.*, VII, 72. — L. 3 § 8, *Uti poss.*, XLIII, 17). En d'autres termes, quoique la *missio in possessionem* n'ait d'autre but que de réaliser un acte de disposition, une vente, elle n'a par elle-même que la valeur d'une mesure conservatoire; 5° les droits qu'elle confère aux créanciers se résument en trois mots : détention, gage, administration. Le droit de détention ne les autorise pas à expulser le débiteur (Cic., *pro Quintio*, 27). Quant à leur droit de gage, déjà mentionné sous le nom de *pignus prætorium* (n° 289), il leur assure la préférence sur tous les créanciers postérieurs à la *missio in possessionem*, mais dans leurs rapports entre eux il ne change rien. Enfin, en ce qui concerne leur droit d'administra-

(1) Certains biens sont toujours exceptés de l'envoi en possession et de la vente (L.L. 29 et 38 pr., *De bon. auct. jud.*). J'ajoute que lorsqu'il s'agit d'une action réelle, la *missio in possessionem*, demandée à raison de l'absence du défendeur, se restreint à la chose litigieuse pourvu que cette absence n'implique aucun dol. Bien mieux, dans le cas spécial d'une *petitio hereditatis*, notre restriction s'applique nonobstant le dol du défendeur (L. 7 §§ 17 à 19, *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4). Mais ce sont là des décisions exceptionnelles, et il est certain qu'à l'origine l'envoi en possession fut général même dans ces hypothèses (L. 18, *Si serv. vind.*, VIII, 5).

(2) La compétence appartient, en règle générale, au magistrat qui a institué le juge ou à son successeur (L. 15 pr., *De re jud.*). Que si le *judicium* a été organisé par un magistrat municipal, il faudra voir quel est le magistrat supérieur sous les ordres duquel ce dernier se trouve placé.

tion, ils l'exercent souvent par l'intermédiaire d'un curateur (T. II, page 174, note 1), et l'emploi de ce procédé est peut-être obligatoire lorsqu'il y a lieu d'agir en justice au nom du débiteur (L. 14 pr., *De reb. auct. jud.*). Mais les créanciers peuvent aussi administrer eux-mêmes, et c'est ce qu'un très grand nombre de textes supposent. Du reste, quel que soit l'administrateur, mieux traité que le créancier gagiste, il ne répond que de son dol, et il rend compte des bénéfices de son administration, soit au débiteur lui-même, si par hasard les biens ne sont pas vendus, soit au *magister bonorum vendendorum* ou aux créanciers, de même que réciproquement, il peut se faire indemniser par ces personnes de toutes les dépenses qu'il a faites de bonne foi. Les actions dont il est tenu et investi dans ce double but sont *in factum* (L. 8 §§ 1 à 5; L. 9 pr., §§ 1 à 7, *De reb. auct. jud.*). Sa responsabilité ne dure qu'un an, et ses héritiers ne sont obligés que *de lucro* (L. 9 § 8; l. 9, *De reb. auct. jud.*); 6° enfin les droits résultant de la *missio in possessionem* sont protégés par l'interdit *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*. Cet interdit se donne tant contre celui qui expulse l'envoyé que contre celui qui par dol l'empêche d'entrer en possession (L. 1 pr. et § 3, *Ne vis fiat ei qui*, XLIII, 4).

A. Voici maintenant trois questions auxquelles il est difficile de répondre sans distinguer entre les diverses causes de *missio in possessionem* : 1° la demande peut-elle être faite par un créancier quelconque? Évidemment, lorsqu'il s'agit d'un envoi en possession *ex causa judicati*, et dans cette hypothèse je comprends la *confessio in jure* et la *bonorum cessio*, l'initiative n'appartient qu'à ceux qui sont munis d'un jugement. Mais en toute autre hypothèse, il n'y a plus lieu de distinguer entre les divers créanciers (1); 2° le magistrat statue-t-il

(1) C'est ici, c'est-à-dire en nous plaçant en dehors de l'hypothèse d'un *judicatum*, que nous avons à rechercher si la *missio in possessionem* peut être demandée par un créancier conditionnel. Or à cet égard nous trouvons au Digeste les deux solutions inverses, l'une et l'autre absolues, et l'une et l'autre attribuées à Paul (L. 6 pr.; L. 14 § 2, *Quib. ex caus. in poss.*, XLII, 4). On a prétendu concilier ces textes en disant que le créancier conditionnel ne peut pas demander lui-même la *missio in possessionem*, mais qu'il profite de la demande faite par les autres créanciers, en ce sens que sur le prix de la vente on lui réserve le dividende auquel il aurait droit *conditione eveniente*. Cette dernière idée me paraît incontestable. Mais elle ne concilie pas nos deux textes, car l'un et l'autre supposent très nettement que le créancier conditionnel vient lui-même le premier demander la *missio in possessionem*. Fort probablement, Paul faisait des distinctions que les compilateurs ont supprimées. Peut-être admettait-il le créancier conditionnel à

nécessairement par décret rendu à l'audience (*pro tribunali*), ou peut-il statuer par voie de réponse à un simple *libellus* ou requête écrite (*de plano*) (1)? La question revient à savoir si la *missio in possessionem* suppose une *causæ cognitio* (L. 9 § 1, *De off. proc.*, I, 16. — L. 71, *De reg. jur.*, L, 17). Or les textes répondent affirmativement lorsqu'il s'agit d'un défendeur qui se cache (L. 18, *Si serv. vind.*, VIII, 5. — L. 9, C., *De bon. auct. jud.*, VII, 72). Voilà donc une hypothèse où le magistrat devra statuer *pro tribunali*. Et je pense qu'il en est ainsi dans tous les cas où la *missio in possessionem* n'est pas accordée *ex causa judicati;* car il faut bien que le magistrat vérifie l'existence du droit allégué. Au contraire, lorsque le réclamant se présente muni d'une sentence judiciaire, cette vérification est faite d'avance, et il semble que la *missio in possessionem* puisse être accordée *de plano;* 3° comment pourra-t-on faire cesser l'envoi en possession et éviter la *bonorum venditio?* Dans l'hypothèse d'un *judicatum*, il n'y aura en général qu'un moyen, ce sera de payer la totalité des dettes (2). Mais, lorsque la *missio in possessionem* a pour cause l'*indefensio*, la *capitis deminutio* ou le décès sans héritier, il suffira que quelqu'un vienne défendre, c'est-à-dire s'offre à répondre à l'action des créanciers ; mais qui que ce soit qui défende, fût-ce le débiteur lui même, toujours il devra fournir la *cautio judicatum solvi* (Gaius, IV, § 102. — L. 33 § 1, *De bon. auct. jud.*).

Arrivant à la *bonorum venditio* elle-même, je renvoie aux développements déjà donnés sur les formalités qui la précèdent, et sur les droits qu'elle confère tant au *bonorum emptor* qu'aux créanciers (nos 483 à 485). Il ne me reste donc qu'à en indiquer les effets relativement au débiteur lui-même. Or les voici : 1° il devient *infamis*, ex-

demander la *missio in possessionem* dans le cas où le débiteur était mort sans héritier, tandis qu'il lui refusait ce droit lorsque le débiteur se cachait *fraudationis causa*. Trois textes qu'on peut rapprocher de ceux que j'ai cités rendent cette distinction vraisemblable (L. 50 pr., *De pec.*, XV, 1. — L. 7 § 14, *Quib. ex caus.* — L. 4 pr., *De sep.*, XLII, 6). Du reste, il est certain qu'en aucun cas la vente ne peut être provoquée ni par les créanciers conditionnels ni par les créanciers à terme (L. 7 § 14, *Quib. ex caus. in poss.*).

(1) Sur l'antithèse des expressions *pro tribunali* et *de plano*, voyez L. 18 § 10, *De quæst.* (XLVIII, 18), et *Fr. Vat.*, §§ 156 et 167.

(2) Cependant si le *judicatus* conteste la validité du jugement, de la *confessio in jure* ou de la *bonorum cessio*, mais ce sont là des hypothèses tout à fait exceptionnelles, on pourra l'admettre à user du moyen qui va être indiqué relativement à l'*indefensus*. C'est ainsi que j'explique deux textes embarrassants (L.L. 3 et 5, *De cess. bon.*, XLII, 2).

cepté dans le cas où la *bonorum venditio* a été précédée d'une *bonorum cessio* (Gaius, II, § 154. — L. 11, C., *Quib. ex caus. inf.*, II, 12) (1); 2° il est libéré de ses dettes jusqu'à concurrence du prix que la vente a procuré à ses créanciers; mais il demeure tenu sur les biens qu'il pourra acquérir plus tard, c'est-à-dire que le seul fait de l'acquisition autorisera une nouvelle *missio in possessionem* et une nouvelle *bonorum venditio* (Gaius, IV, § 155) (2). Mais ici encore une protection particulière est accordée au débiteur qui a cédé ses biens. En effet, ses nouveaux biens ne pourront être saisis et vendus qu'autant qu'ils présenteront une certaine importance, et dans tous les cas ses créanciers devront lui laisser de quoi vivre (L. 6, *De cess. bon.*, XLII, 2); 3° aucune action *ex ante gesto*, c'est-à-dire pour actes antérieurs à la *missio in possessionem*, ne peut plus être exercée ni par ni contre le débiteur : par lui, car ses droits ont passé au *bonorum emptor* (L. 40, *De op. lib.*, XXXVIII, 1) (3); contre lui, car ses créanciers n'ont plus besoin d'un jugement pour atteindre ses biens. Toutefois il continue de pouvoir être actionné à raison des actes par lesquels il s'est frauduleusement appauvri et rendu insolvable. Cette restriction me paraît ressortir du texte même qui pose la règle (L. 25 § 7, *Quæ in fraud. cred.*, XLII, 8) (4), et elle a pour conséquence de soumettre le débiteur à l'emprisonnement (5).

782 a. *De la* BONORUM DISTRACTIO. — On entend par là, ainsi que cela résulte de l'expression elle-même, une vente en détail de tous les biens du débiteur. Cette voie d'exécution nous est présentée comme faisant exception à la règle générale d'après laquelle les biens sont vendus en bloc, et par cela même, elle suppose, comme la *bonorum venditio*, la mesure préalable d'une *missio in possessionem* soumise

(1) Néanmoins la *bonorum cessio*, dans une mesure difficile à préciser, entame l'*existimatio* du débiteur (L. 8, C., *Qui bon. ced. poss.*, VII, 71).

(2) Sans aucun doute les créanciers postérieurs à la première *missio in possessionem* profiteront de la seconde. Mais seront-ils primés par les créanciers antérieurs? Je ne le pense pas. Il me semble que le droit de préférence de ceux-ci doit se restreindre aux biens compris dans la première *missio*.

(3) Ce texte, tout en constatant le principe, y apporte une légère dérogation fondée sur ce que dans l'espèce le droit n'a pas pu se détacher de la personne du débiteur et passer au *bonorum emptor*.

(4) Le double résultat que je signale ne se produit que *per exceptionem* (L. 3, C., *De bon. auct. jud.*, VII, 72). Car puisque, comme on l'a vu (n° 484), le *bonorum emptor* n'est pas investi *ipso jure* des droits actifs et passifs du débiteur, c'est que celui-ci ne les a pas non plus perdus *ipso jure*.

(5) Je rappelle que, s'il y a lieu, la *bonorum venditio* dissout la société (n° 623).

aux règles précédemment posées. Mais ici la vente n'est plus précédée de la rédaction d'une *lex bonorum vendendorum*, et, au lieu d'être confiée à un *magister* choisi parmi les créanciers et par eux-mêmes, elle est faite par un curateur qui peut n'être pas un créancier et dont la nomination appartient au magistrat (L. 5, *De cur. fur.*, XXVII, 10) (1). Quant aux applications de la *bonorum distractio*, nous les connaissons mal. Nous savons d'abord qu'elle est une faveur accordée aux débiteurs qui ont le titre de *personæ claræ* ou un titre supérieur (L. 5, *De cur. fur.*). Nous savons aussi qu'en certains cas dont l'indication ne nous a pas été conservée, un sénatus-consulte permet aux créanciers de choisir entre la *bonorum venditio* et la *bonorum distractio*, mais que leur choix une fois fait est irrévocable (L. 9, *De cur. fur.*). Ces deux ordres d'applications prouvent très clairement que la *bonorum distractio* a certains avantages sur la *bonorum venditio* tant au point de vue du débiteur qu'au point de vue des créanciers. Le débiteur y gagne d'échapper à l'infamie, et sans doute aussi de conserver le droit d'agir *ex ante gesto*, lorsque la vente a donné de quoi désintéresser tous ses créanciers (2). Quant à ceux-ci, je n'aperçois pas l'intérêt qu'ils peuvent avoir à vendre les biens en détail plutôt qu'en bloc, si ce n'est qu'en fait il leur sera plus facile de trouver plusieurs acheteurs qu'un seul.

Du *pignus ex causa judicati captum*. — J'ai déjà fait ressortir les inconvénients de la *bonorum venditio* (n° 485). Les Romains les sentirent de bonne heure, et il paraît que comme procédé d'exécution des jugements elle finit par n'être plus usitée qu'à l'égard des insolvables, ce qui explique très bien pourquoi les textes du Digeste qui s'en occupent se rapportent presque tous à l'hypothèse d'un *indefensus*. Pour le cas donc où l'inexécution du jugement ne tenait qu'à la mauvaise volonté du débiteur, un mode d'exécution plus simple fut introduit soit peut-être par un rescrit d'Antonin le Pieux (L. 31, *De re jud.*, XLII, 1), soit plus probablement par le préteur lui-même (L. 1 § 3, *De insp. vent.*, XXV, 4) (3). Il consiste en une saisie spéciale de certains biens,

(1) Fort probablement, l'adhésion de la majorité des créanciers était nécessaire (L. 2 pr., *De cur. bon. dand.*, XLII, 7).

(2) Un texte refuse au débiteur ce droit d'agir *ex ante gesto* (L. 4, *De cur. bon. dand.*). Mais sans nul doute il se place dans l'hypothèse ordinaire, celle d'un débiteur insolvable.

(3) Ce dernier texte prouve qu'en dehors même de l'hypothèse d'un *judicatum*, une prise de gage pouvait être ordonnée comme moyen de contrainte. Au surplus le *judicatum* comprend ici la *confessio in jure* (Paul, V, 5a § 4).

que le magistrat autorise sur la demande du créancier, et qu'il fait exécuter par ses *apparitores* ou *officiales*. Cette saisie porte de préférence sur les meubles, puis sur les immeubles, et, lorsque cela est nécessaire, sur les créances elles-mêmes (L. 15 § 2, *De re jud.* — T. II, p. 374, note 4) (1). A l'exemple de la *missio in possessionem*, elle fait naître un droit de gage (L. 1, C., *Si in caus. jud.*, VIII, 23), et de là l'expression *pignus ex causa judicati*. Mais ce droit de gage, au lieu d'appartenir à tous les créanciers, est propre au saisissant, par conséquent le rend préférable à tous autres. Quant à la vente, ce n'est pas, comme dans l'hypothèse d'un gage ordinaire, le créancier lui-même qui y procède, ce sont les agents qui ont pratiqué la saisie (L. 50, *De evict.*, XXII, 1). Elle se fait en général au comptant (L. 15 § 7, *De re jud.*) et aux enchères. Le créancier lui-même est admis à se porter enchérisseur (L. 2, C., *Si in caus. jud.*). Il peut aussi, quand les acheteurs manquent ou n'offrent que des prix insuffisants, se faire attribuer la chose par le magistrat (L. 3, C., *De exsec. rei jud.*, VII, 53) (2). Mais alors cette attribution lui est toujours faite pour un prix égal au montant de sa créance, de sorte qu'il est reputé avoir transigé *de credito* (L. 8 § 4, *De re jud.*), et ainsi s'explique-t-on qu'il préfère se porter enchérisseur, car alors il conserve sa créance pour toute la quantité dont elle excède le prix de vente. J'ajoute que le débiteur reste toujours tenu à garantir l'acheteur contre l'éviction ; mais cette garantie ne s'excerce pas ici jusqu'à concurrence de la valeur de la chose évincée ; elle est limitée au prix et aux intérêts du prix, le tout sous la déduction du montant des fruits perçus par l'acheteur (L. 74 § 1, *De evict.* — L. 13, C., *De evict.*, VII, 45 (3).

VII. — DE LA SUPPRESSION DU SYSTÈME FORMULAIRE.

783. La distinction du *jus* et du *judicium*, après avoir traversé huit siècles environ, et s'être accommodée avec souplesse aux formes très différentes de deux procédures successives, fut supprimée par

(1) La possibilité de saisir les créances avait vraisemblablement donné lieu à des difficultés (L. 15 § 8, *De re jud.* — L. 2, C., *Quand. fisc.*, IV, 15. — L. 5, C., *De exsec. rei jud.*, VII, 53).

(2) Un autre texte semble dire que c'est l'empereur qui fait cette attribution (L. 3, C., *Si in causa jud.*). On peut lever la contradiction en disant que le magistrat a besoin de l'autorisation de l'empereur.

(3) La garantie n'est-elle pas également due dans l'hypothèse d'une *bonorum distractio* et même d'une *bonorum venditio*? Je le pense.

une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien promulguée en l'an 294 pour l'empire d'Orient, et en l'an 305 pour l'empire d'Occident (L. 2, C., *De ped. jud.*, III, 3). Cela entraîna forcément la disparition du système formulaire; et la *cognitio extraordinaria*, qui jusque-là formait l'exception, devint la règle absolue.

Une analyse exacte de la constitution précitée nous permettra de déterminer, sans l'exagérer ni l'amoindrir, l'importance du changement qu'elle opéra. J'y distingue trois dispositions; la première pose un principe général, la seconde le restreint par une exception, et la troisième restreint l'exception elle-même : 1° dans les cas où auparavant les présidents de province nommaient des *judices pedanei* (1) parce qu'il leur était interdit de juger eux-mêmes (2), ils devront désormais retenir l'affaire et la vider sans renvoi à aucun autre juge. Cette première disposition est la principale, et par la façon même dont elle est exprimée et motivée, elle prouve deux choses : d'abord qu'en fait, à l'époque de Dioclétien, la distinction du *jus* et du *judicium* était encore vivante dans la pratique, et, en outre, que les magistrats n'étaient pas libres de la méconnaître, qu'en principe il ne dépendait pas d'eux, quoi qu'on en ait dit, de retenir l'affaire ou de la renvoyer à un juge (3). On remarquera d'ailleurs, que le texte ne vise formellement que les présidents de provinces, d'où l'on pourrait être tenté de conclure que la procédure formulaire continua de s'appliquer en Italie. Mais cette conclusion n'est guère admissible; la réforme faite en province dut être faite en Italie par une autre constitution qui ne nous a point été conservée; 2° pour les affaires que leurs occupations administratives ou le trop grand nombre des procès ne leur permettront pas de juger eux-mêmes, les présidents de provinces pourront renvoyer les parties devant des *judices pedanei*. Il est de toute évidence que les magistrats durent souvent user de cette faculté, et cela put rendre moins sensible le passage de l'ancien système au nouveau. Mais ne nous y trompons pas : dans les cas mêmes où la magistrat nomme un juge, il ne délivre

(1) C'est-à-dire, comme je l'ai déjà expliqué (T. II, page 827, note 4), des particuliers inscrits sur la liste des *judices*.

(2) C'est ainsi que je traduis les mots *quod ipsi non possent cognoscere*. Si on les entendait d'un simple obstacle de fait, la seconde disposition du texte n'aurait aucun sens.

(3) La doctrine à laquelle je fais allusion se fonde sur deux textes auxquels on a donné une portée trop large, et que j'expliquerai tout à l'heure (p. 925). Ce sont les lois 8 et 9, *De officio præsidis* (I, 18).

plus de formule; car le juge n'est désormais que son délégué, tandis qu'il ne l'était pas autrefois, alors que le renvoi était obligatoire et que le juge lui-même devait être choisi par les parties; 3° l'exception qui précède ne sera point admise et le magistrat devra absolument statuer lui-même dans tous les cas qui jadis appartenaient au domaine de la *cognitio extraordinaria*, même dans ceux où elle n'était que facultative, par exemple dans les questions d'ingénuité. De cette troisième disposition je conclus que, même après la suppression, du système formulaire, il ne fut pas sans intérêt de connaître l'ancienne délimitation de la procédure ordinaire et de la procédure extraordinaire. Au surplus, ce qui est dit ici des questions d'ingénuité, qui jadis donnaient toujours lieu à la délivrance d'une formule, prouve que le cercle primitif de la *cognitio extraordinaria* s'était élargi.

Telle est la réforme opérée par Dioclétien, et il est juste de reconnaître qu'elle était préparée par des faits nombreux. Pour rester dans un ordre d'idées purement juridique, n'avons-nous pas vu que parfois le magistrat qui avait délivré la formule était consulté *de jure* par le juge (n° 775 *in fine*), et qu'en cas d'appel l'affaire lui revenait toujours (n° 779)? Pourquoi donc ne pas l'autoriser à juger lui-même directement et en premier ressort? Je viens de dire qu'il y avait des questions, comme celles d'ingénuité, où dans le dernier état de la procédure formulaire le magistrat pouvait à son choix retenir l'affaire ou la renvoyer à un juge. Mais ce qui est beaucoup plus remarquable, cette option lui appartenait, quelle que fût la nature du litige, dans tous les cas où, avant d'agir, le demandeur avait consulté l'empereur et obtenu de lui un rescrit portant autorisation de s'adresser au magistrat (LL. 8 et 9, *De off. præs.*, I, 18). Or il n'y avait pas, ce semble, de raison bien décisive pour distinguer entre ces cas et ceux où le demandeur, plus hardi ou plus sûr de son droit, l'avait directement porté en justice sans provoquer une consultation du prince. Enfin, s'il est vrai que dans les derniers temps le juge ne fut plus choisi par les parties (n° 738), l'on dut s'habituer à voir en lui un simple délégué du magistrat, et alors n'était-il pas logique que cette délégation devînt purement facultative? Ajoutons à ces causes diverses, et alors la constitution de Dioclétien n'aura plus rien qui nous étonne, que peut-être, dans l'abaissement moral et intellectuel qui caractérise la seconde moitié du IIIe siècle, il était devenu difficile de trouver un nombre suffisant de

juges à la fois capables et honnêtes, et que d'ailleurs la confusion du *jus* et du *judicium* permettait de subordonner au besoin la justice à la politique, ce qui cadrait à merveille avec les tendances d'un gouvernement de jour en jour plus absolu (1).

J'ai déjà expliqué comment la *bonorum venditio* fut entraînée dans la chute du système formulaire (n° 485).

DE LA PROCÉDURE EXTRAORDINAIRE.

Lib. IV, tit. VI, *De actionibus*, § 32. — Curare autem debet judex ut omnimodo, quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat, etiam si de incerta quantitate apud eum actum est.

Il faut, autant que cela est possible, que la sentence du juge porte sur une somme ou sur une chose déterminée, et cela encore que l'action ait pour objet une quantité indéterminée.

784. Désormais, comme on vient de le voir, il n'y a plus ni double instance ni formule. Je n'ai plus à insister sur ces deux caractères essentiels, mais purement négatifs, de la nouvelle procédure. Mais d'importantes conséquences en découlent, et il faut les relever. Il faut signaler aussi un certain nombre d'innovations qui se rattachent à la transformation générale de la procédure moins par un lien de cause à effet que par un simple rapport de coïncidence. Mes indications porteront sur l'introduction de l'instance, la *litis contestatio*, le *judicium*, les voies de recours et les voies d'exécution.

Introduction de l'instance. — Nous retrouvons ici l'*in jus vocatio*, le *vadimonium* et la *litis denuntiatio*, cette dernière toutefois gravement modifiée par Constantin. Ce prince, en effet, lui enleva son caractère d'acte privé, et voulut qu'elle fût rédigée ou constatée par un officier public chargé aussi de la faire parvenir au défendeur (L. 2, C. Th., *De den. vel ed. rescr.*, II, 4). A côté de ces trois façons d'introduire l'instance, nous en voyons apparaître deux nouvelles : 1° la *rescripti editio*, procédé d'un usage exceptionnel, consistant dans un rescrit impérial que le demandeur provoque et qui renvoie les parties

(1) Au surplus il paraît que la suppression des formules n'eut pas pour conséquence immédiate d'autoriser toute personne qui croyait avoir le droit d'agir à porter sa demande devant les tribunaux. Nous voyons, en effet, qu'en l'an 436, les empereurs Théodose et Valentinien suppriment l'*actionis impetratio*, ce qui prouve que jusque-là l'exercice d'une action avait encore besoin d'être autorisé par le magistrat (L. 2, C., *De form. et imp. act.*, II, 58).

devant un magistrat déterminé (LL. 4 et 5, C. Th., *De den. et ed. rescr.*); 2° le *libellus conventionis*, ou requête adressée au magistrat lui-même (1). Il semble que ce dernier procédé soit devenu le droit commun sous Justinien (Nov. 53, 95 et 112). Le rescrit et le *libellus* doivent être signifiés au défendeur, sur l'ordre du magistrat et par le ministère d'un huissier ou *exsecutor litium*, et c'est cette signification qui porte le nom technique de *conventio* (L. 3 § 1, C., *De præscr. trig.*, VII, 39).

Du reste, il paraît qu'à l'égard des *indefensi* l'on maintint l'usage des voies d'exécution.

785. *Litis contestatio.* — Jadis l'instant de la *litis contestatio* se déterminait par la délivrance de la formule : il y avait là une règle d'une application simple et facile. Le système formulaire tombé, une règle nouvelle dut être posée, mais elle ne pouvait pas avoir la rigoureuse précision de l'ancienne : on plaça la *litis contestatio* au moment où l'affaire vient d'être exposée contradictoirement par les parties devant le juge, et avant qu'il ait entendu leurs avocats. C'est ce que Justinien constate d'une façon tout à fait incidente et qui par conséquent n'accuse pas une innovation (L. 14 § 1, C., *De jud.*, III, 3). Il est d'ailleurs fort probable que telle était la règle suivie dans l'ancienne *cognitio extraordinaria* (n° 764), et qu'en conséquence elle devint le droit commun dès le jour où la procédure extraordinaire le devint elle-même (2).

Quant aux effets de la *litis contestatio*, voici les principales observations qui me paraissent nécessaires :

1° Par la force des choses la théorie de la *translatio judicii*, qui suppose une modification dans la formule, disparaît. Mais cela ne signifie pas que le personnel du litige devienne plus fixe qu'autrefois. Sans doute la récusation du juge n'est plus admissible après la *litis contestatio* (L. 16, C., *De jud.*). Mais s'il vient à mourir, à être révoqué ou à se démettre, il faut bien que l'instance soit continuée ou reprise devant son successeur. De même, il se peut que l'une des parties disparaisse ou ne veuille plus figurer dans le procès, et

(1) La *rescripti editio* n'est probablement qu'une transformation de l'usage ancien où l'on était de consulter le prince pour savoir si l'on avait le droit d'agir en justice (L.L. 8 et 9, *De off. præs.*, I, 18). Quant au *libellus*, il paraît avoir été emprunté aux règles de l'ancienne *cognitio extraordinaria* (L. 1 § 1, *De fer.*, II, 12. — L. §§ 4 et 5, *De insp. vent.*, XXV, 4. — L. 26 § 9, *De fid. lib.*, XL, 5).

(2) Justinien voulut que la *litis contestatio* eût lieu dans les quarante jours à partir de la *conventio*; sinon, le demandeur encourait une peine (*Nov.* 96, *cap.* 1).

alors son remplacement doit ou peut être autorisé par le magistrat.

2° La *litis contestatio* ne détermine plus aussi rigoureusement qu'autrefois les éléments réels du litige. Elle continue d'en fixer l'objet. Mais tel moyen qui sous le système formulaire devait, à peine de déchéance, être produit *in jure*, pourra désormais être allégué et plaidé jusqu'à ce que le jugement soit rendu ; c'est le cas du plus grand nombre des exceptions. De même certaines erreurs commises dans la demande pourront être corrigées à un moment quelconque de l'instance (Inst., § 34 et 35, *De act.*).

3° Dans la législation de Justinien, la *litis contestatio*, très certainement, ne transforme plus le droit déduit *in judicium*, c'est-à-dire ne l'éteint plus, même *per exceptionem*, et ne le remplace pas par un droit nouveau. Qu'elle ne l'éteigne plus, en voici trois preuves : 1° étant donné un débiteur principal et des fidéjusseurs ou bien plusieurs *correi promittendi*, la poursuite dirigée contre l'un d'eux ne libère plus les autres (L. 28, C., *De fid.*, VIII, 40) ; 2° nonobstant la péremption d'une première instance, le demandeur peut, nous allons le voir bientôt (p. 931), reprendre l'exercice de son action ; 3° le créancier qui a succombé pour avoir agi avant le terme, peut désormais renouveler son action après l'arrivée du terme (L. 1, C., *De plus pet.*, III, 10) (1). D'autre part, ai-je dit, la *litis contestatio* ne fait plus naître de droit nouveau. Pour en être convaincu, il suffit de savoir que désormais, toutes les fois que cela est possible, la condamnation porte directement sur la chose demandée (§ 32 *sup.*) (2). Voilà le droit de Justinien ; mais ce droit remonte-t-il jusqu'à l'époque où la procédure formulaire fut abrogée ? Il est certain que les décisions précédemment rapportées touchant l'hypothèse de plusieurs débiteurs tenus *de eadem*

(1) La *litis contestatio* ayant perdu son effet extinctif, on s'explique que la compilation de Justinien ne mentionne jamais l'exception *rei in judicium deductæ*.

(2) De ces explications il résulte que dans le droit de Justinien il n'y a même plus de rapprochement possible entre la *litis contestatio* et la novation. M'opposera-t-on ce que Justinien lui-même dit quelque part : *novatur judicati actione prior contractus* (L. 3 pr., C., *De us. rei jud.*, VII, 57) ? Mais cette phrase prise à la lettre confirme tout à fait mon assertion ; car ce qu'elle présente comme nové par le jugement de condamnation, c'est l'obligation primitive, ce qui implique que cette obligation n'a pas été novée par le seul effet de la *litis contestatio*. Au surplus, s'il est vrai que, même dans le dernier état de la législation, la condamnation change, comme autrefois, la cause du droit déduit *in judicium*, cela ne nous autorise point à la considérer comme emportant novation ; et, à vrai dire, ce langage est encore moins exact sous Justinien qu'avant lui, puisque, d'après la règle posée par ce prince lui-même, la novation ne peut plus s'opérer sans une intention formellement exprimée (n° 695).

re et celle d'une instance périmée appartiennent à Justinien : jusqu'à lui donc, la *litis contestatio* garda son effet extinctif en ce sens qu'une action une fois intentée ne pouvait jamais l'être une seconde fois. Mais cela veut-il dire que le droit porté en justice fût véritablement éteint et remplacé par un droit nouveau ? Non. Il est très probable, en effet, que le système des condamnations *ad ipsam rem* fut emprunté à l'ancienne *cognitio extraordinaria*, par conséquent devint général dès que la formule eut disparu. Ce qui ajoute à la vraisemblance de cette idée, c'est qu'en fait, du temps de Justinien une condamnation pécuniaire ayant été prononcée contre un héritier qui se refusait à exécuter un legs en nature, l'empereur s'étonne de la sottise du juge (L. 17, C., *De fid. lib.*, VII, 4) (1). Or que signifie cet étonnement, si ce n'est que dans l'espèce le juge, à la fois ignorant et érudit, avait pris pour une règle encore vivante une règle dès longtemps abrogée?

4° En ce qui concerne le moment où le juge doit se reporter, pour apprécier l'existence du droit, il ne paraît pas que l'ancienne règle ait été changée. Cependant on remarquera que la citation en justice, la *conventio*, suffit désormais pour empêcher les actions de s'éteindre *tempore* ou *morte* (L. 10, C. Th., *De div. rescr.*, 1, 2. — L. 1 § 1, C. Th., *De act. cert. temp.*, IV, 14. — L. 2, C., *Quand. lib.*, I, 20. — L. 3, C., *De ann. exc.*, VII, 40).

5° Dans le cas où l'une des parties fait défaut après la *litis contestatio*, les trois édits dont le droit ancien prescrivait la publication sont remplacées par trois *denuntiationes*, c'est-à-dire par trois avertissements signifiés au défaillant lui-même (LL. 7 et 9, C., *Quom. et quand.*, VII, 43). Sous Justinien, ces *denuntiationes* n'ont lieu que dans les six mois qui précèdent immédiatement le jour où la péremption d'instance devrait être acquise (L. 13 §§ 2 et 3, C., *De jud.*, III, 1).

6° A partir de la *litis contestatio*, le demandeur ne peut plus disposer, ni à titre gratuit ni à titre onéreux, de son droit d'action, et si la demande a pour objet un corps certain, le défendeur ne peut plus l'aliéner. Toute convention contraire est nulle et ne fait aucun obstacle à la continuation du procès entre les mêmes parties. C'est ce que décida l'empereur Constantin (L. 2, C., *De lit.*, VIII, 37) (2) ; et sa

(1) Dans l'espèce, le legs avait pour objet un esclave, et le légataire était grevé d'un fidéicommis de liberté au profit de cet esclave. Il semble donc qu'une condamnation pécuniaire dût aboutir à un résultat absurde. Mais l'absurdité n'est qu'apparente. Car certainement, d'après les principes anciens, le magistrat devait intervenir pour forcer l'héritier à affranchir l'esclave.

(2) Cette constitution se retrouve au code Théodosien (L. 1, *De lit.*, IV, 5), mais

décision fut renouvelée par Justinien qui la sanctionna par des peines sévères (1), mais la tempéra par quelques exceptions (L. 4, C., *De lit.*).

786. Du *judicium*. — De la confusion du *jus* et du *judicium*, il résulta que les pouvoirs du juge, n'étant plus limités par une autorité supérieure, devinrent beaucoup plus larges qu'autrefois, et que l'on tendit à assimiler, autant que le comportait la nature des choses, les effets des diverses actions. Ce sont là des idées générales dont nous rencontrerons fréquemment l'application. Sans y insister davantage, je dois relever ici un certain nombre d'innovations plus précises et plus spéciales :

1° Dans la procédure extraordinaire, il ne paraît pas que l'on se soit jamais attaché à la distinction des *judicia legitima* et des *judicia imperio continentia*, et l'on remarquera qu'en effet, nous ne la soupçonnerions pas si nous n'avions d'autres textes que ceux qui nous ont été conservés par Justinien.

2° Les *judicia* étant ainsi réduits à une seule catégorie, les règles de la péremption d'instance durent être remaniées et rendues uniformes. Quelles furent ces règles depuis Dioclétien jusqu'à Théodose le jeune? Je ne saurais le dire : mais en l'an 424, ce dernier prince, par la constitution même qui posait le principe général de la prescription trentenaire des actions, décida qu'une instance serait éteinte lorsque, dans les trente ans à partir de la *litis contestatio*, elle n'aurait pas abouti à un jugement (L. unic. § 1, C. Th., *De act. cert. temp. fin.*, IV, 14). Au fond cela revenait à dire que la *litis contestatio* interromprait la prescription et servirait de point de départ à une prescription nouvelle. Justinien, séparant plus nettement la péremption de l'instance de la prescription de l'action, voulut qu'elle s'opérât par trois ans (2). Ce délai court du jour de la *litis contestatio*,

dans des termes assez sensiblement différents ; et d'après l'interprétation Visigothe elle n'avait trait qu'à l'aliénation de la chose litigieuse par le défendeur, de telle sorte que la constitution subséquente de Justinien aurait eu une portée beaucoup plus large que celle que je lui assigne.

(1) Justinien fait une distinction : si l'acquéreur est de mauvaise foi, le prix ou la valeur de la chose doit être payé deux fois au fisc, une fois par lui-même, une fois par l'aliénateur. Si au contraire l'acquéreur est de bonne foi, il recouvre son prix, lorsqu'il y en a un, et peut en outre exiger de l'aliénateur le tiers du prix ou de la valeur. Au surplus, la nullité de la convention est maintenue dans tous les cas.

(2) Aussi en reproduisant dans son code la constitution précitée de Théodose,

nul acte de procédure ne l'interrompt, et une fois écoulé il emporte de plein droit dessaisissement du juge (L. 13 § 1, C., *De jud.*, III, 1) (1). Mais l'innovation de Justinien est encore plus remarquable en ce qui concerne l'effet même de la péremption de l'instance. Jadis, cet effet se combinant avec celui de la *litis contestatio*, il en résultait que le demandeur qui avait laissé périr l'instance avait absolument perdu son droit. Désormais au contraire la péremption d'instance n'anéantit plus que la procédure ; mais l'action subsiste et peut être intentée une seconde fois, et cela est fort logique, puisque la *litis contestatio* a perdu sa vertu extinctive. Ce qui est bizarre, c'est que l'action ne se prescrit plus que par un délai de quarante ans à compter du dernier acte de procédure (L. 1 § 1, C., *De ann. except.*, VII, 40). Ainsi, loin d'être réputée non avenue, l'instance périmée produit un double effet : elle allonge le délai de la prescription et en recule le point de départ. Le demandeur qui laisse périmer l'instance est donc mieux traité en ce sens que celui qui obtient un jugement, puisque le droit né de la condamnation se prescrirait par trente ans.

3° L'office du juge, comme on l'a déjà vu, se résume désormais en une règle unique et absolue : obéir aux lois (n° 775).

4° Tandis qu'autrefois le *judicium* n'avait d'autre issue régulière que la condamnation ou l'absolution du défendeur, désormais le demandeur lui-même peut être condamné, règle empruntée, comme j'ai eu l'occasion de le dire (T. II, page 873, note 1), au dernier état de l'ancienne *cognitio extraordinaria* (2).

5° Relativement à l'objet de la condamnation, il y a deux changements fort remarquables : d'abord, elle n'est plus nécessairement

il en a retranché le passage relatif à l'extinction des *judicia* (L. 3, C., *De præscr. trig. vel. quadr. ann.*, VII, 39).

(1) La règle générale posée par Justinien reçoit deux exceptions. L'une peut se formuler ainsi : lorsque le juge primitif vient à être remplacé plus de deux ans après la *litis contestatio*, la durée de l'instance doit être allongée de telle sorte que le nouveau juge ait toujours une année devant lui. La seconde exception se réfère aux personnes en tutelle ou en curatelle, et Justinien ne nous dit pas très nettement en quoi elle consiste. Il me paraît probable qu'à l'égard de ces personnes le délai de trois ans ne commence à courir que du jour où elles administrent elles-mêmes leurs affaires. J'ajoute que Justinien prononce des peines contre le juge pour le cas où l'instance se périmerait par son dol ou par sa faute (L. 13 §§ 8 et 11, C., *De jud.*).

(2) On remarquera du reste que Justinien ayant posé en règle générale la condamnation de la partie perdante aux frais du procès (L. 13 § 6, C., *De jud.*), aucun *judicium* ne peut plus se dénouer par l'absolution pure et simple du défendeur.

pécuniaire; mais autant que cela est possible, elle porte sur l'objet même de la demande (§ 32 *sup.* — T. II, page 929), et comme je l'ai déjà fait observer (T. II, page 873, note 2), cette nouvelle règle ne se restreint pas aux actions réelles; elle s'applique aussi aux actions personnelles, même à celles qui ont pour cause une obligation de faire. En second lieu, il paraît que la condamnation peut désormais être incertaine, mais cela dans des cas évidemment rares et qu'il est bien difficile de préciser (§ 32 *sup.*) (1).

6° J'ai déjà indiqué (T. II, page 928, note 2) que si dans la procédure extraordinaire la *litis contestatio* ne remplace plus le droit déduit en justice par un droit nouveau, cet effet demeure encore attaché à la sentence de condamnation. Mais, d'une part, l'extinction du droit déduit *in judicium* n'est plus, du moins dans la législation de Justinien, aussi complète qu'autrefois; car elle ne s'opère jamais que *per exceptionem* (Inst., § 5, *De except.*, IV, 13,) et lorsqu'il y a plusieurs débiteurs tenus *de eadem re*, elle ne peut être opposée par ceux qui n'ont point été poursuivis et condamnés (L. 28, C., *De fid.*, VIII, 41). D'autre part, le droit nouveau qui résulte de la condamnation, droit jadis perpétuel, est désormais soumis à la prescription de trente ans devenue le droit commun en matière d'actions.

7° Jadis la condamnation liquidait le droit transformé par la *litis contestatio;* mais elle n'en changeait pas l'objet. Désormais ce changement s'opérera dans les cas exceptionnels où le juge ne pourra pas condamner *ad ipsam rem.*

787. *Des voies de recours.* — Des diverses voies précédemment indiquées, deux ont disparu, savoir la *revocatio in duplum* et l'*intercessio*. Restent donc l'*in integrum restitutio* et l'appel, auxquels nous ajouterons une voie nouvelle, la *supplicatio*.

Relativement à l'appel, je ferai trois observations : 1° les moyens omis en première instance peuvent être opposés en appel (L. 6 § 1, C., *De app.*, VIII, 62. — L. 4, C., *De temp. et rep. app.*, VII, 63). Cette règle en elle-même ne paraît pas nouvelle ; mais elle a dans la procédure extraordinaire une portée plus large que sous le système

(1) Anciennement, dans les *cognitiones extraordinariæ*, le magistrat pouvait, après avoir prononcé sur le droit, renvoyer les parties devant un arbitre pour liquider la condamnation (L. 6, *De conf.*, XLII, 2). Cet usage se maintint, lorsque la procédure extraordinaire fut devenue le droit commun, et c'est probablement dans ces décisions qui affirment l'existence d'un droit et en remettent l'évaluation à un arbitre que Justinien voit des condamnations incertaines.

formulaire. En effet, les moyens qui autrefois devaient être écartés par le juge de première instance, parce que la formule ne l'autorisait pas à les prendre en considération, devaient être également rejetés en appel. Or, il est évident que désormais ces moyens pouvant, du moins en général, être produits à un moment quelconque devant le juge de première instance, pourront aussi être produits pour la première fois devant le juge d'appel. Cette observation s'applique principalement, je le montrerai plus loin, aux exceptions péremptoires; 2° Justinien voulut qu'une même décision, quel qu'eût été le juge de première instance, ne donnât jamais lieu à plus de deux appels (L. unic., C., *Ne lic. in una caus.*, VII, 70); 3° le même Justinien, pour éviter les appels irréfléchis ou déterminés par la colère du premier moment, substitua aux délais brefs de deux ou trois jours, le délai uniforme de dix jours à partir du prononcé de la sentence (Nov. XXIII, *præf.* et *cap.* 1).

A. Quant à la *supplicatio*, elle consiste en un recours au prince contre les décisions du préfet du prétoire, à l'égard desquelles elle remplace l'appel. Est-elle recevable avant que le magistrat qui a rendu la sentence soit sorti de charge? C'est un point douteux (1). Ce qui est certain, c'est qu'elle cesse de l'être, une fois deux ans écoulés à partir de cette époque (L. unic., C., *De sent. præf. præt.*, VIII, 42). Du reste, comme le préfet du prétoire juge *vice sacra*, c'est-à-dire au lieu et place de l'empereur lui-même, on en caractérise l'effet par le mot *retractatio*, qui marque que l'affaire est en quelque sorte revisée par le même juge, et en fait il peut arriver que cette revision soit confiée au préfet du prétoire lui-même (L. 35, C., *De app.*, VII, 62). La *supplicatio* n'est admissible qu'une seule fois en général, et, dans le droit de Justinien, elle est interdite relativement aux décisions rendues sur un second appel (L. 5, C., *De prec. imp.*, I, 19. — L. unic., C., *Ne lic. in una causa*, VII, 70). J'ajoute qu'en principe elle ne suspend pas l'exécution de la sentence attaquée. Toutefois Justinien lui attribue exceptionnellement cet effet, lorsqu'elle est formée dans les dix jours et que la partie gagnante ne consent pas à fournir des fidéjusseurs en vue du dommage qui pourrait résulter de l'exécution (Nov. CXV, cap. 5).

788. *Des voies d'exécution.* — Jusqu'à Justinien l'on continua d'admettre que les jugements ne seraient exécutoires qu'au bout de deux

(1) L'affirmative peut s'appuyer sur la novelle CXV, cap. 5.

mois. Justinien doubla ce délai, en lui laissant pour point de départ, comme autrefois, le jour du jugement ou de la confirmation sur appel (LL. 2 et 3 § 1, C., *De usur. rei jud.*, VII, 54).

En ce qui concerne l'emprisonnement du condamné, les règles anciennes restèrent intactes jusqu'à l'empereur Zénon. Par une constitution spéciale à la cité d'Alexandrie et au diocèse d'Égypte, ce prince substitua la prison publique à la prison privée (L. 1, C., *De priv. carc.*, IX. 5), et, un peu plus tard, Justinien généralisa cette réforme. Emprisonner soi-même son débiteur devint un délit, que le créancier dut expier, tant par la perte de son droit que par un emprisonnement d'une durée égale à celui qu'il aurait infligé au mépris de la loi (L. 2, C., *De priv.carc.*) (1). Du reste la *bonorum cessio* continua de fournir un moyen d'éviter la prison. Mais Justinien introduisit ici deux innovations. Il permit aux fils de famille, même dépourvus de biens personnels, de faire néanmoins la *bonorum cessio*, c'est-à-dire d'abandonner par avance à leurs créanciers toutes leurs acquisitions futures (L. 7, C., *Qui bon. ced. poss.*, VII, 71). De plus, régularisant une pratique antérieure, il décida qu'au lieu d'accepter la *bonorum cessio* offerte par leur débiteur, les créanciers pourraient lui accorder un délai de cinq ans pendant lequel il échapperait à la prison et conserverait son *existimatio* intacte. Cette concession devait, en principe, être consentie, non par une simple majorité numérique, mais par un ou plusieurs créanciers représentant ensemble plus de la moitié des créances : à cette condition elle liait tous les autres (L. 8, C., *Qui bon. ced. poss.*).

Quant aux voies d'exécution sur les biens, elles se réduisent à la *bonorum distractio*, qui a pris la place de la *bonorum venditio*, et au *pignus ex causa judicati captum*.

A. Sur la *bonorum distractio*, nous trouvons quelques règles nouvelles posées par Justinien : 1° la *missio in possessionem* ne pouvant être obtenue que par les créanciers porteurs d'un jugement, les autres créanciers, s'ils entendent s'associer aux poursuites et bénéficier des effets de la vente, doivent le déclarer dans un délai qui est de deux ans ou de quatre ans, selon qu'ils résident on non dans la même province que les envoyés en possession. Passé ce délai, ils ne pourront plus concourir avec ces derniers, mais ils conserveront l'exer-

(1) Justinien prononce des peines encore plus sévères contre les magistrats qui auront toléré que sa constitution fût violée. Ajoutons que ce même prince affranchit absolument les femmes de la prison pour dettes (Nov. 134, cap. 9).

cice de leurs propres actions contre le débiteur (L. 10 pr. et § 1, C., *De reb. auct.jud.*, VII, 72) (1); 2° par une conséquence forcée de la règle précédente, la vente n'est possible qu'après l'expiration des deux ou des quatre ans (L. 10 § 2, *eod.*); 3° lorsque la vente produit plus qu'il ne faut pour désintéresser tous les créanciers engagés dans la poursuite, ils doivent déposer le surplus entre les mains du trésorier de l'église, et cela en présence de *tabularii*. Dans tous les cas, ils sont tenus de jurer, devant ces mêmes personnes, qu'ils n'ont commis aucun dol (L. 10 §§ 2 et 3, *eod.*); 4° au lieu de vendre les biens, les créanciers peuvent se les partager en nature (Inst., § 1, *De her. qual.*, II, 19. — Inst., pr., *De succ. subl.*, III, 12. — L. 8, C., *Qui bon. ced. poss.*). Mais on se demande si cette faculté ne doit pas être restreinte au cas où ils ne trouvent pas d'acheteur sérieux.

Le *pignus ex causa judicati captum* resta soumis aux règles anciennes. Cependant Constantin et plus tard Honorius décidèrent que les objets mobiliers affectés au service d'un fonds ne pourraient plus être saisis qu'avec le fonds lui-même (LL. 7 et 8, C., *Quæ res pign.*, VIII, 17).

TRANSITION A L'ÉTUDE DÉTAILLÉE DES ACTIONS.

789. Nous connaissons les formes générales et le développement historique de la procédure romaine. Il faut maintenant en étudier les théories spéciales. Ici, plus encore qu'en toute autre matière, j'envisagerai principalement le droit classique; et c'est assez dire que, sauf avis ou indication contraire, mes explications se rapporteront toujours à la procédure formulaire.

Nous avons vu que cette procédure ne régna jamais exclusivement, et qu'à l'époque même où elle était dans toute sa vigueur, on distinguait la *jurisdictio ordinaria* et la *jurisdictio extraordinaria* (n°s 732 et 733). Il y a donc deux sortes d'actions, en donnant à ce mot un sens très large : les unes, que l'on peut qualifier ordinaires, sont soumises à la procédure formulaire; ce sont les seules qui répondent à la définition de Celsus (n° 731), les seules aussi que dans un langage exact

(1) Justinien tranche ici une question controversée. On discutait, nous dit-il, si les créanciers non munis de jugement pouvaient profiter de l'envoi en possession prononcé contre le *judicatus*. Je suis très porté à croire que la controverse était de date récente et que l'affirmative avait été admise sans difficulté dans le droit classique.

l'on appelle *actiones*. Les autres sont celles où le magistrat ne délivre pas de formule et joue lui-même le rôle de juge. On les nomme proprement *persecutiones* (L. 178 § 2, *De verb. sign.*, L, 16), ou, comme le prouve la rubrique même du titre qui leur est affecté, *cognitiones extraordinariæ* (*De extr. cogn.*, L, 13).

Ce sont les actions ordinaires qui fixeront le plus longuement notre attention. J'étudierai successivement les diverses classifications qu'elles comportent, les exceptions et les *præscriptiones*, la durée et la transmissibilité des actions, la représentation judiciaire, les promesses et satisfactions qui peuvent être exigées des plaideurs.

Sur la *cognitio extraordinaria*, je me bornerai à l'indication des principaux cas où elle s'applique; mais j'y rattacherai deux théories importantes, celle des interdits et celle de l'*in integrum restitutio*.

Enfin, je terminerai par un appendice relatif aux moyens employés pour réprimer l'esprit de chicane.

CLASSIFICATION DES ACTIONS D'APRÈS LEUR ORIGINE.

SOMMAIRE : I. Actions civiles et honoraires. — II. Actions directes et utiles.

I. — ACTIONS CIVILES ET ACTIONS HONORAIRES.

790. Cette division est indiquée dans plusieurs textes des Institutes (§§ 3 et 8, *De act.*, IV, 6. — pr., *De perp. et temp. act.*, IV, 12), auxquels on reprochera, si l'on veut, de confondre les actions honoraires et les actions prétoriennes, c'est-à-dire le genre et l'espèce. Mais cette confusion, une fois signalée, n'a rien de dangereux, et je ne me ferai aucun scrupule de la reproduire.

En un certain sens, il n'y a pas d'action qui ne soit honoraire, puisque la formule est toujours rédigée par le magistrat, soit conformément à un modèle par lui proposé dans l'édit, soit d'après les circonstances (1). Veut-on donc saisir le sens de notre distinction : il faut rechercher de quelle source du droit l'action dérive. Elle est civile, lorsqu'elle a son principe dans une loi ou dans une source analogue, en d'autres termes, lorsque le préteur en l'accordant ne fait

(1) Cicéron (*pro Rosc. com.*, 8) exagère lorsqu'il dit : *sunt formulæ de omnibus rebus constitutæ*. L'apparition successive des actions utiles et des actions *in factum* prouve que le magistrat délivrait quelquefois des formules qui ne figuraient pas dans l'édit (L. 1 pr., *De præscr. verb.*, XIX, 5).

qu'appliquer le droit civil (1). A l'inverse, sont honoraires les actions que le magistrat lui-même a imaginées ; mais cette dénomination convient aussi à celles qu'il emprunte au droit civil pour les donner en dehors de leur destination originaire et de leur domaine propre ; telles sont, par exemple, celles dont le *bonorum possessor* est investi ou tenu (Gaius, IV, § 111. — L. 35 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7). Comment le préteur fut-il amené à créer des actions? C'est une question qui rentre dans la question beaucoup plus générale de savoir comment il faut expliquer la formation d'un droit honoraire à côté du droit civil (n° 20). Je me bornerai donc à constater que la faculté pour le magistrat de créer des actions ne paraît pas moins ancienne que le *jus edicendi* et n'en fut probablement qu'une conséquence (Gaius, IV, § 111).

Au point de vue historique, la distinction des actions civiles ou prétoriennes est d'une importance trop évidente pour que j'y insiste. Mais présente-t-elle aussi quelque intérêt pratique? A cet égard, il faut distinguer entre la forme et le fond. Dans la forme, le caractère prétorien de l'action s'accuse par une *rédaction particulière de la formule*. En effet, le préteur qui crée une action nouvelle ou fait un usage nouveau d'une action civile recourt pour cela à trois procédés bien distincts. Lesdeux principaux consistent à rédiger l'*intentio in factum*, ou à insérer une fiction dans la formule. Mais il ne faut pas croire que le préteur les emploie tout à fait indifféremment. L'usage des fictions, on le verra tout à l'heure (n° 792), suppose toujours que l'on se trouve dans une hypothèse plus ou moins analogue à l'une de celles où le droit civil permet d'agir. Cette analogie, sans doute, n'exclut pas la possibilité d'une *intentio* rédigée *in factum ;* mais où elle fait défaut, l'*intentio in factum* est la seule qui se conçoive. Quant au troisième procédé, il se restreint aux cas où l'action existe d'après le droit civil, mais est accordée à quelqu'un ou contre quelqu'un qui n'est pas le véritable sujet actif ou passif du droit. Nous en avons un exemple dans l'action Rutiliana donnée au *bonorum emptor* (n° 484. — Gaius, IV, § 35). Lorsqu'en effet, celui-ci veut faire valoir en justice un droit compris dans le patrimoine vendu,

(1) Précisément parce que les actions civiles dérivent *ex legitimis causis* (Inst., §§ 3 et 13, *De act.*, IV, 6), on les appelle quelquefois *legitimæ actiones* (L 32 pr., *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2. — L. 19, *De op. nov. nunt.*, XXXIX, 1). Mais cette expression convient beaucoup mieux encore aux *legis actiones* (L. 2 § 6, *De orig. jur.*, I, 2. — Aul.-Gell., XX, 10 n° 10).

il lui est impossible de s'en prétendre titulaire, et cependant il faut que le bénéfice lui en appartienne. Le magistrat peut donc lui délivrer une formule où le nom du créancier figure dans l'*intentio* et le sien dans la *condemnatio*, et qui peut se résumer ainsi : *Si paret ei cujus bona vendita sunt dare oportere*, (ou *rem illam ejus esse*), *bonorum emptori condemna*. En d'autres termes, et d'une manière plus générale, la condamnation, qui doit toujours être prononcée directement au profit du demandeur et à la charge du défendeur, se trouve ici subordonnée à la vérification du droit ou de l'obligation d'un tiers. Les actions *exercitoria* et *institoria* nous offrent, ce semble, d'autres applications de ce procédé (T. II, page 240, note 2), et nous verrons qu'il servit à écarter la vieille règle : *nemo alieno nomine lege agere potest* (1).

Tel est l'intérêt qui, au point de vue de la forme, s'attache à la distinction des actions civiles et prétoriennes, et je n'ai pas besoin de dire qu'il disparut avec le système formulaire. Quant au fond, tout dépend de l'époque où l'on se place Justinien (Inst., pr., *De perp. et temp. act.*, IV, 12) et Gaius (IV, § 111), constatant un fait plutôt qu'ils ne posent un principe, nous disent que la plupart des actions civiles sont perpétuelles et la plupart des actions prétoriennes temporaires. Et c'est à cette formule vague que se réduit, dans le dernier état du droit, l'intérêt de notre distinction. Mais remontons plus haut, et il va nous apparaître beaucoup plus considérable. En effet, le magistrat étant avant tout l'exécuteur du droit civil, il n'y a pas d'action civile qui ne doive figurer dans l'édit et qui par conséquent ne survive à tous les changements de magistrats, tandis qu'au contraire les édits n'ayant que la valeur d'une loi annale, et ne liant que celui de qui ils émanent, l'action proposée par un magistrat peut fort régulièrement être exclue par son successeur. D'où je conclus qu'il y a moins de danger à retarder l'exercice d'une action civile que celui d'une action prétorienne; car, vienne

(1) La différence de fonction qu'il y a entre ces trois procédés permet de les croire contemporains les uns des autres. Toutefois j'admettrais volontiers que dans les cas où l'action prétorienne se fonde sur une analogie avec le droit civil, les formules fictices précédèrent les formules *in factum*. Mais rien, selon moi, ne démontre qu'à l'origine le préteur ait exclusivement procédé, comme on l'a prétendu, par voie d'actions fictices. Cela est même fort peu vraisemblable quand on considère la marche suivie à l'égard du *bonorum possessor* : en effet, on lui donna d'abord l'action Rutiliana dont je parlais tout à l'heure, et c'est seulement plus tard qu'on lui permit d'agir par action fictice (n° 484).

un nouvel édit, celle-ci pourra être supprimée, non celle-là. Pareillement, et pour des raisons semblables, on peut remarquer qu'en règle générale les actions civiles s'appliquent sur tous les points de l'Empire romain, tandis qu'une action honoraire ne se donne que dans les limites du territoire régi par l'édit d'où elle dérive. Au surplus, ces différences entre nos deux espèces d'actions paraissent avoir été de tout temps atténuées par le remarquable esprit de tradition et l'unité de vues des magistrats romains, et elles disparurent sous Adrien, lorsque les créations prétoriennes, devenues partie intégrante du droit écrit, eurent acquis la fixité des lois elle-mêmes (n° 20).

II. — ACTIONS DIRECTES ET ACTIONS UTILES.

791. Les applications déjà vues de cette distinction, particulièrement à propos de la loi Aquilia (n° 683), nous ont préparés à en comprendre la signification générale. Supposons une action donnée conformément aux prévisions littérales d'un texte, ou, ce qui revient au même, supposons réunies toutes les conditions auxquelles elle a été originairement subordonnée, on l'appellera *directa* (1). Qu'au contraire l'une de ces conditions fasse défaut, si néanmoins la même action est accordée, ce ne sera plus par une exacte application de la règle, ce sera par un motif d'utilité pratique, et pour cela précisément on l'appellera *utilis* (2). Les actions directes sont donc des actions originales. Leur nom, leurs conditions d'existence, leurs effets,

(1) L'expression *actio directa* présente quatre autres significations : 1° nous l'avons déjà vue faisant antithèse à *actio contraria* (nos 594, 634, 656). En ce sens elle a pour synonyme *actio principalis* (L. 17 § 1, *Comm.*, XIII, 6) ; 2° nous la verrons bientôt employée par opposition à *actio fictitia* (Gaius, IV, § 34) ; 3° elle désigne aussi l'action dont une personne est tenue de son propre chef, par opposition à celles qui compètent contre un père de famille du chef des personnes placées sous sa puissance (Gaius, IV, § 77. — Inst., § 8, *quod cum eo*, etc., IV, 7 ; § 5, *De nox act.*, IV, 8) ; 4° enfin on l'oppose spécialement à l'action *ad exhibendum*, et alors elle désigne l'action dont celle-ci n'est que le préliminaire ou qu'elle tend à remplacer (L. 3 § 13 ; L. 17, *Ad exhib.*, X. 4). — On remarquera que l'action *directa*, dans le sens qui nous occupe ici, s'appelle quelquefois *vulgaris* (L. 46, *in fine*, *De her. inst.*, XXVIII, 5).

(2) N'emploie-t-on jamais l'expression *actio utilis* dans un sens plus large ? Ne peut-elle pas désigner aussi toute action nouvelle créée en dehors des règles du droit civil ? car toute création de ce genre est déterminée par des motifs d'utilité. C'est peut-être bien ainsi que l'expression doit être entendue dans la loi 21, *De præscriptis verbis* (XIX, 5). Mais une telle signification n'a plus rien de technique, et l'action *utilis* ainsi comprise peut fort bien être en même temps *directa*.

tout ce qu'elles ont leur appartient en propre et leur fait en quelque sorte une individualité. Rien de pareil dans les actions utiles. Ce ne sont que des copies. Chacune correspond à une action directe, dont elle prend ordinairement le nom et emprunte toujours les règles. La seule différence essentielle, c'est que, pour donner l'action utile, on exige quelque chose de moins que pour donner l'action directe. Se demandera-t-on maintenant comment les Romains ont pu admettre des actions utiles, c'est-à-dire des actions en dehors de la lettre des textes? L'explication est bien simple. Ces actions, sous une forme spéciale dont je dirai un mot tout à l'heure, ne sont que l'expression d'un ensemble de progrès dus principalement à l'interprétation des lois par la jurisprudence. Il arrive souvent, en effet, qu'une règle, en elle-même excellente, paraît trop étroitement formulée. Que faire alors? On met de côté la lettre du texte, mais on s'inspire de son esprit pour en élargir l'application, et c'est ainsi que l'on donne des actions utiles dans des cas voisins de ceux où compète l'action directe, dans des cas qui paraissent avoir été oubliés plutôt qu'exclus (L. 11, *De præscr. verb.*, XIX, 5). Les actions directes expriment donc la pensée primitive du législateur, les actions utiles n'en sont que le développement ultérieur, et c'est en ce sens que notre division se rattache à l'origine des actions. Partout où nous la trouvons appliquée, nous sommes autorisés à reconnaître deux droits de formation successive.

Au fond, la distinction de l'action directe et de l'action utile est dépourvue d'intérêt pratique, puisque, comme je l'ai déjà indiqué, elles aboutissent l'une et l'autre à des résultats identiques (L. 47 § 1, *De neg. gest.*, III, 5) (1). Quant à la forme, mais c'est là un intérêt de second ordre et qui d'ailleurs périt avec la procédure formulaire, l'action utile ressemble par sa rédaction à l'action prétorienne. Le plus souvent elle a une formule *fictitia* ou *in factum* (2). Mais n'al-

(1) Ce texte contient une interpolation des plus manifestes; car il porte le nom du jurisconsulte Paul et néanmoins fait allusion à la suppression du système formulaire. Très probablement, Paul, exprimait qu'entre l'action directe et l'action utile il ne pouvait y avoir de différence pratique qu'au point de vue de la forme; et Justinien lui fait dire qu'il n'y en a absolument aucune, attendu que l'usage des formules a disparu.

(2) Que l'action utile se présente sous la forme d'une action *fictitia*, cela résulte de plusieurs textes (Gaius, II, § 253; IV, § 38. — Gaius, IV, § 34, rapproché d'Ulpien, XXVIII § 12); qu'elle se présente aussi sous la forme d'une action *in factum*, c'est ce que d'autres textes mettent hors de doute (L. 11, *De præscr. verb.*, XIX, 5,

lons pas conclure de cette ressemblance extérieure que notre division se confonde avec la précédente. D'une part, en effet, il y a des actions prétoriennes que l'on doit considérer comme directes ; ce sont celles qui ont des règles à elles, et qui, au lieu de se borner à étendre l'application du droit civil, ont un caractère absolument nouveau. Telles sont les actions *Serviana*, *de jurejurando*, *de pecunia constituta*, *de dolo*, et d'autres qui se présentent avec une formule *in factum*. Ces actions elles-mêmes peuvent, sous le nom d'actions utiles, être appliquées hors de leur sphère primitive (L. 1 pr. et § 2, *De pign. et hyp.*, XX, 1. — L. 1 pr., *Quib. mod. pign. solv.*, XX, 6). D'autre part, et quelque bizarre que ce résultat puisse paraître, l'extension d'une action ancienne à des cas nouveaux n'est pas toujours l'œuvre du préteur; elle résulte quelquefois du droit civil lui-même. Comme exemples, je citerai toutes les actions fictices qui dérivent des lois ou d'une source analogue (n° 793).

Du caractère même des actions utiles, il résulte qu'elles ne comportent pas la possibilité d'une étude spéciale. On ne peut que les signaler en détail, au fur et à mesure qu'on rencontre les diverses actions directes dont elles sont une émanation et dont elles portent le nom.

CLASSIFICATION DES ACTIONS D'APRÈS LA RÉDACTION DE LA FORMULE.

SOMMAIRE : I. Actions directes, actions fictices. — II. Actions *in jus*, actions *in factum*.

I. — ACTIONS DIRECTES, ACTIONS FICTICES.

792. J'entends ici par actions directes toutes celles dont la for-

— L. 26 § 3, *De pact. dot.*, XXIII, 4. — L. 12 § 6, *Mand.*, XVII, 1, rapprochée de L. 46 *in fine*, *De her. inst.*, XXVIII, 5). Nul texte à ma connaissance ne dit formellement que le troisième procédé employé par le préteur s'adapte aussi aux actions utiles; mais cela ne peut faire doute, si l'on songe que l'action Rutiliana donnée au *bonorum possessor* est certainement *utilis* au même degré que l'action *fictitia* qui fut plus tard établie dans la même hypothèse (Gaius, IV, § 35). Dans le même sens je ferai remarquer que les actions *exercitoria* et *institoria*, lorsqu'elles dérivent du fait d'un préposé *sui juris* ou libre, ont une rédaction semblable à celle de l'action Rutiliana (L. 1 § 24, *De exerc. act.*, XIV, 1). Or, certainement, dans de tels cas ces actions sont *utiles*. La même observation doit être vraie des actions utiles dont le pupille, une fois devenu pubère, est tenu ou investi à raison des actes de son tuteur.

mule soumet au juge la vérification pure et simple d'un droit ou d'un fait. L'action fictice, au contraire, se caractérise par une supposition ou fiction exprimée dans la formule. L'instruction donnée au juge peut alors s'analyser ainsi : « Vous ferez abstraction de telle condition régulièrement requise pour l'existence du droit, c'est-à-dire que si, en supposant cette condition remplie, votre office devait consister à condamner, vous condamnerez quoiqu'elle fasse défaut. » S'agit-il, par exemple, d'un *bonorum possessor* qui revendique un bien du défunt, voici quelle sera la conception de la formule : « *Si A^s. A^s. Lucio Titio heres esset, tum si fundum de quo agitur ex jure Quiritium ejus esse oporteret*, etc. (Gaius, IV, § 34). Dans l'espèce, le juge n'aura qu'à vérifier le droit de propriété du défunt, et, cette vérification faite, il prononcera une condamnation au profit du *bonorum possessor* sans se préoccuper de ce que celui-ci n'est point héritier, car cette qualité lui est supposée.

La place que la fiction occupe dans la formule ne paraît pas déterminée d'une manière absolument fixe : ordinairement on la trouve en tête de l'*intentio* (Gaius, IV, §§ 34 et 36) ; quelquefois elle y est enclavée (Gaius, IV, § 37). L'objet de la fiction n'est pas non plus uniforme. Très souvent elle porte sur une qualité qui manque à l'une des parties et qu'on lui suppose. C'est ce que nous avons déjà vu à l'égard du *bonorum possessor* et du *bonorum emptor*, lorsqu'ils poursuivent ou sont poursuivis, l'un du chef du défunt, l'autre du chef de celui dont il a acheté le patrimoine. A l'un et à l'autre, en effet, l'on attribue fictivement la qualité d'héritiers (Gaius, IV, §§ 34 et 35. — n°s 482 et 484). Gaius (IV, § 37) nous cite un troisième exemple relatif au pérégrin auteur ou victime d'un *furtum* ou d'un *damnum injuria datum*. Il paraît que, dans de telles hypothèses et dans plusieurs autres, l'ancien droit civil n'admettait pas que le pérégrin pût être le sujet actif ou passif d'un droit, et par conséquent excluait toute poursuite. Pour corriger cette iniquité, le préteur n'eut pas besoin de créer des actions nouvelles : il se contenta d'insérer dans les formules ordinaires une fiction consistant à dire que, relativement au droit déduit en justice, le pérégrin serait réputé citoyen romain (1). D'autres fois, la fiction consiste à tenir pour accompli un

(1) Fort probablement cette action fictice est antérieure à la constitution des plus anciennes provinces, et par conséquent sous le nom de pérégrins il ne s'agit ici que d'étrangers non soumis à la domination de Rome. Que si primitivement les actions *furti* et *legis Aquiliæ* ne furent données ni à ces pérégrins ni contre eux, cela tient

fait qui ne l'est pas. C'est ainsi que, dans l'action publicienne, une possession à laquelle il n'a manqué que d'être plus longue pour engendrer l'usucapion est réputée avoir duré tout le temps voulu à cet effet (Gaius, IV, § 36). Enfin, en sens inverse, la fiction peut consister à tenir pour non avenu un fait réellement accompli. C'est ainsi, avons-nous vu, qu'après une *minima* et quelquefois même une *media capitis deminutio*, le débiteur, quoique libéré de ses dettes contractuelles, peut encore être poursuivi par ses créanciers. La formule recommande au juge de se comporter comme si cette *capitis deminutio* n'avait jamais eu lieu (Gaius, IV, § 38. — N°s 182, 478, 479) (1).

793. Les actions fictices ne se donnent, nous venons de le voir, qu'en des cas où l'on rencontre réunies, à l'exception d'une seule, toutes les conditions requises pour l'exercice régulier d'une autre action. Elles sont donc essentiellement *utiles* (2). Sont-elles aussi essentiellement prétoriennes? De la part du magistrat, l'usage des fictions n'a rien qui étonne : c'est un hommage qu'il rend dans la forme à une règle dont il s'écarte et qu'il ne peut changer. Mais le droit civil, qui n'a pas besoin de recourir à des détours lorsqu'il veut supprimer ou élargir un principe admis, aurait dû, ce semble, rester étranger à l'emploi de ce procédé. Il se l'appropria néanmoins, et les textes nous offrent quelques actions fictices introduites par des lois ou des sénatus-consultes. Telles sont évidemment celles dont le fidéicommissaire d'hérédité est investi ou tenu d'après le sénatus-consulte Trébellien (Gaius, II, § 253) ; telle aussi celle par laquelle, depuis

sans doute à ce que les Romains les considéraient comme des ennemis naturels, donc ne leur reconnaissaient aucun droit de propriété, et réciproquement ne croyaient pas non plus avoir des droits de propriété valables contre eux (n°s 49, 210 et 221).

(1) Toutes les formules d'actions fictices que nous possédons sont *in jus conceptæ*. Mais cela veut-il dire qu'aucune fiction ne pût trouver place dans une formule *in factum*? Je n'en suis pas convaincu. Supposez par exemple qu'une succession recueillie par un *bonorum possessor* contienne une action *de jurejurando*. Pourquoi la formule ne serait-elle pas conçue à peu près dans les termes suivants : *Si paret N^m.N^m., delata conditione, jurasse se Lucio Titio dare oportere, tum quasi A^s.A^s. Lucio Titio hæres esset*, etc. Ce qui fortifie cette conjecture, c'est qu'il ne paraît pas naturel que l'action qui, exercée par le défunt lui-même, eût été conçue *in factum*, se présente avec une rédaction *in jus*, parce qu'elle appartient à un *bonorum possessor*.

(2) Cela me paraît vrai même des actions fictices qui ont un nom spécial, telles que la Publicienne. Remarquons en effet que l'action fictice donnée au *bonorum emptor* a bien un nom à elle : on l'appelle Serviana (Gaius, IV, § 35), et pourtant sans aucun doute elle est *utilis* (Gaius, III, § 81).

Adrien, l'héritier obtient la révocation de l'usucapion *pro hærede* (Gaius, II, § 57); telle enfin, et plus certainement encore, car ici nous avons la teneur même des formules, celle que la *lex Rubria Galliæ Cisalpinæ* donne pour obtenir la réparation du dommage survenu après que la *cautio damni infecti* a été demandée et avant qu'elle ait été fournie (*Lex Rubr.*, cap. xx).

Ordinairement, ce qu'il y a de particulier dans la rédaction d'une formule s'explique par le caractère même de l'action. Nous avons ici le phénomène inverse : c'est une différence de rédaction dans la formule qui engendre la distinction des actions directes et fictices. Pour démontrer l'exactitude de ce point de vue, reprenons les divers exemples que nous a fournis Gaius. Au fond, ils signifient que désormais, par dérogation à des règles anciennes, les droits actifs et passifs d'un défunt ou d'un débiteur qui a subi la *bonorum venditio* passeront au *bonorum possessor* et au *bonorum emptor;* que la poursuite d'un délit sera possible, quelle que soit la nationalité du délinquant ou de la victime; qu'une usucapion commencée pourra, à l'exemple de la propriété, servir de base à une revendication; enfin, que le *capite minutus* restera tenu de toutes ses obligations antérieures. Pour donner un effet pratique à ces innovations, des fictions étaient-elles nécessaires? Assurément non; car le préteur aurait tout aussi bien pu recourir à des actions *in factum*. La fiction n'a donc que la valeur d'une forme, et par conséquent notre distinction perdit tout intérêt pratique et toute signification, lorsque par la suppression des formules, la procédure fut devenue uniforme. Néanmoins, elle se survécut à elle-même dans les habitudes du langage, et les textes conservés ou rédigés par Justinien suffiraient à nous la révéler, comme des ossements fossiles nous révèlent des espèces animales qui ont cessé d'exister (Inst., §§ 4, 5 et 6, *De act.*, IV, 6. — L. 21 § 6, *Quod met. caus.*, IV, 2) (1).

(1) Gaius (IV, § 10) nous signale une toute autre espèce d'actions fictices, où la fiction consistait à tenir pour accomplies les solennités d'une *legis actio*. Malheureusement, sur cette matière le manuscrit de Vérone est resté en grande partie illisible, et les renseignements qu'il nous donne ne portent que sur deux points : nous y voyons que les publicains avaient une action de ce genre où l'on feignait une *pignoris capio* et où la condamnation devait avoir pour objet une somme égale à celle qui eût été nécessaire pour libérer le gage (Gaius, IV, § 32). Nous y voyons aussi que la *condictio* ne faisait jamais l'objet d'aucune fiction. D'où l'on a conclu, mais cette conclusion n'est peut-être pas absolument sûre, qu'il y avait des fictions correspondant à toutes les autres *legis actiones* (Gaius, IV, § 33). Quoi qu'il

II. — ACTIONS *in jus*, ACTIONS *in factum*.

794. Une action est dite *in jus* ou *in factum*, selon que l'*intentio* de la formule est elle-même conçue *in jus* ou *in factum* (1). Ces définitions suffisent à indiquer le principal intérêt de notre distinction. Mais en outre, comme j'ai déjà eu l'occasion de le dire, les actions *in jus* sont les seules qui puissent avoir une *demonstratio* (n° 757) (2), les seules où l'*intentio* puisse être *incerta* (n° 759 *in fine*), les seules enfin où l'effet extinctif de la *litis contestatio* puisse s'opérer *ipso jure* (n° 766).

Le point le plus essentiel en cette matière consiste à rechercher quelle est la fonction pratique de l'action *in factum*. Or, cette fonction est triple :

1° Lorsque le préteur, se plaçant tout à fait en dehors du droit civil, crée une action qui s'écarte de tous les types déjà connus, il lui donne invariablement une formule *in factum* (L. 1 pr.; L. 11, *De præscr. verb.*, XIX, 5), et dès lors cette formule, ainsi que l'atteste Gaius (IV, § 46), prend place dans l'Édit. Aux exemples de très médiocre importance que ce jurisconsulte cite, on peut ajouter les actions *de constituta pecunia*, *de jurejurando*, *de dolo*, *quod metus causa*, et beaucoup d'autres. Dans tous ces cas, la discrétion de la forme dissimule la hardiesse de l'innovation.

2° Comme nous l'avons déjà vu (n° 790), la formule *in factum* est un des procédés que l'on emploie pour créer des actions utiles (L. 11, *De præscr. verb.*). Voici l'une des plus remarquables applications de cette idée. On sait que régulièrement les fils de famille, n'ayant aucun patrimoine et aucun droit, ne peuvent non plus exercer aucune action en justice. Celles mêmes qui ont pris naissance en leur personne, soit

en soit, ces actions sont certainement très anciennes. Elles doivent remonter à l'origine du système formulaire, et sans doute elles conservèrent longtemps une certaine importance, puisque c'est seulement à leur occasion, et pour les faire comprendre, que Gaius (IV, §§ 10 et s.) traite des *legis actiones*.

(1) Si cette synonymie avait besoin d'être établie, on en trouverait la preuve dans un passage de Gaius (IV, § 46) rapproché de deux textes du Digeste (L. 12, *De in jus voc.*, II, 4. — L. 25 § 1, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

(2) Il résulte de cette observation que l'on doit se garder de comprendre l'action *præscriptis verbis* parmi les véritables actions *in factum*. J'ai déjà expliqué en quel sens on lui applique cette qualification (T. II, page 580, note 2).

par un contrat où ils ont été parties, soit par un délit dont ils ont été victimes, n'appartiennent qu'au père. Mais il est possible que celui-ci soit absent, ou que quelque autre cause l'empêche d'agir, et que de plus il n'ait pas de *procurator*. Dans une telle situation, la règle primitive fut progressivement écartée, et l'on finit par permettre au fils de famille d'intenter lui-même toute action née de son chef, mais cela à la condition de prendre une formule *in factum*. De cette façon, l'on tournait le principe ancien au lieu de le heurter : le fils de famille avait le bénéfice d'un droit sans affirmer que ce droit lui appartînt (L. 18 § 1, *De jud.*, V, 1. — L. 13, *De obl. et act.*, XLIV, 7) (1).

3° Enfin, nous verrons que l'action *in factum* s'emploie comme voie subsidiaire dans plusieurs ordres d'hypothèses où l'on ne peut ou ne veut donner l'action *de dolo* (n° 843).

Il ressort de la triple destination que je viens d'assigner aux actions *in factum* qu'en règle générale on ne conçoit pas la coexistence, en une même hypothèse, de deux actions dont l'une serait conçue *in jus* et l'autre *in factum*. Cependant Gaius (IV, § 47) atteste, sans en donner aucune explication, que cette singularité se rencontrait en matière de dépôt et de commodat (2). Le demandeur avait-il donc ici la faculté de choisir entre deux formules également proposées dans l'Édit, et comment comprendre cette exception au droit commun? Il y a là un problème que les interprètes n'ont pas résolu (3).

(1) C'est dans l'édit *de injuriis* que nous trouvons le point de départ de cette doctrine. Le fils de famille injurié fut autorisé par le préteur à exercer lui-même l'action d'injures, lorsque son père était absent et n'avait pas de *procurator*, ce que par une interprétation fort sage on étendit au cas où le père était fou (L. 17 §§ 10 et 11, *De inj.*, XLVII, 10). Puis une décision semblable fut donnée par Sabinus relativement à l'interdit *quod vi aut clam* (L. 19, *Quod vi aut clam*, XLIII, 24). Julien la généralisa ensuite pour les délits et l'admit même en matière de dépôt et de commodat (L. 18 § 1, *De jud.*, V, 1. — L. 19, *Dep.*, XVI, 3. — L. 9, *De obl. et act.*, XLIV, 3). Enfin, plus hardi que tous les autres, Ulpien supprima les distinctions et posa dans toute sa largeur la doctrine que je présente comme constituant le dernier état du droit classique.

(2) L'exception se restreignait-elle à ces deux cas? Gaius emploie le mot *veluti* qui laisse place au doute (T. 1, page 18, note 3).

(3) Parmi les solutions qui ont été proposées, voici les principales : 1° c'est spécialement en vue des fils de famille que l'action *in factum* aurait été proposée dans nos deux espèces. Le préteur se serait donc préoccupé d'une hypothèse assez rare, celle où il est nécessaire d'autoriser un fils de famille à agir! Mais alors, dit-on, chaque action que le fils de famille était admis à exercer devait aussi avoir une double formule, et par conséquent dans le dernier état du droit classique cela fût devenu le fait général, ce que rien ne prouve; 2° l'action *in factum*, toujours dans nos deux espèces, aurait sur l'action *in jus* l'avantage d'être

La distinction des actions *in jus* et *in factum*, comme celle des actions directes et fictices, tient uniquement à une différence de rédaction dans a formule. En effet, lorsque le préteur paraît subordonner une condamnation à la simple vérification d'un fait, il crée véritablement un droit. La formule *in factum*, comme la formule fictice, n'est donc en dernière analyse qu'une politesse faite à un principe dont on ne veut plus. Tous ces détours, fort logiques à l'origine, auraient pu, fort logiquement aussi, disparaître lorsque la promulgation de l'Édit perpétuel de Julien eut assuré au droit prétorien la même force qu'au droit civil. Car, dès lors, les hardiesses du préteur cessaient d'être des hardiesses. Quoi qu'il en soit, les formules *in factum* périrent nécessairement avec l'ensemble du système formulaire. Que si néanmoins l'on continua d'opposer et si Justinien lui-même oppose encore les actions *in factum* aux actions *in jus*, ce langage est désormais dépourvu de signification pratique; mais il fournit à l'interprète un élément précieux pour discerner les couches successives de la formation du droit.

CLASSIFICATION DES ACTIONS, D'APRÈS LEUR BUT IMMÉDIAT, EN ACTIONS PRÉJUDICIELLES ET ACTIONS QUI TENDENT A UNE CONDAMNATION.

Lib. IV, tit. VI, *De actionibus*, § 13. — Præjudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt per quas

Aux actions réelles ressemblent les actions préjudicielles, par exemple celles où l'on met en question la

arbitraire. Mais le texte même de Gaius prouve que ce caractère leur appartient à toutes les deux; 3° l'action *in factum*, a-t-on dit, serait donnée lorsque le défendeur conteste le fait même du dépôt ou du commodat; l'action *in jus*, lorsque, ce fait étant reconnu, il s'agit seulement d'en apprécier les conséquences. Mais s'il en est ainsi, on se demande pourquoi une distinction semblable n'aurait pas été admise en toute espèce d'actions; 4° on prétend que le commodat et le dépôt, tels que nous les trouvons à l'époque classique, auraient commencé par être de simples pactes prétoriens, par conséquent n'auraient donné lieu d'abord qu'à des actions *in factum*. Puis à l'époque où ils auraient été reçus parmi les contrats et désormais régulièrement sanctionnés par des actions *in jus*, les anciennes actions *commodati* et *depositi in factum* auraient été conservées par la routine. A l'appui de cette conjecture, on allègue, entre autres motifs, que dans les diverses énumérations que Cicéron nous a laissées des *bonæ fidei actiones* il ne mentionne pas les actions *commodati* et *depositi*, argument peu décisif, car Cicéron n'a pas la prétention de donner des énumérations limitatives. Plus spécialement en ce qui concerne le dépôt, on prétend que pendant longtemps il ne se forma que par voie d'aliénation fiduciaire, de telle sorte qu'il n'y avait pas d'action *depositi*. Mais cette observation fût-elle d'une exactitude certaine, ne saurait s'appliquer au commodat.

quæritur an aliquis liber, vel an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quæritur an aliquis liber sit : ceteræ ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

liberté, l'ingénuité ou la filiation d'une personne. Parmi ces actions il n'y en a guère qu'une qui ait son origine dans la loi, c'est celle où l'on recherche si telle personne est libre. Les autres dérivent de la juridiction du préteur.

795. En règle générale, celui qui agit en justice ne cherche à démontrer son droit que pour le faire immmédiatement sanctionner; en un mot, il poursuit une condamnation. Tel est le but invariable des actions comprises dans les diverses classifications qui suivront celle que nous abordons en ce moment. Par exception, il y a des cas où l'action ne tend qu'à obtenir la solution d'une question, de telle sorte que le juge n'a ni condamnation ni absolution à prononcer, et que tout l'avantage de la partie gagnante consiste à pouvoir plus tard se prévaloir de la chose jugée, soit pour prévenir un nouveau litige, soit pour le trancher. Ce sont les actions de cette nature qu'on appelle *præjudicia* (1), nom qui s'explique suffisamment par leur but et leur effet (2). Dans le droit classique, elles se caractérisent extérieurement par deux particularités remarquables : c'est que leur formule se réduit à une *intentio* (Gaius, IV, § 44) (3), et que cette *intentio*, comme je l'ai déjà fait remarquer (n° 761 *in fine*), prend la forme d'une interrogation adressée au juge.

Il y a deux classes de *præjudicia* : les uns ont trait à des questions de pur intérêt pécuniaire, les autres à des questions d'état (4). Ces derniers sont de beaucoup les plus importants.

(1) Dans la langue des jurisconsultes le mot action ne comprend pas toujours les *præjudicia* (L. 35 § 2, *De proc.*, III, 3). Cela tient-il à ce qu'ils ne sont ni réels ni personnels, ou à ce qu'ils ne produisent aucune conséquence pratique immédiate? Quoi qu'il en soit, ce n'est pas là la terminologie la plus usitée (L. 37 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7. — § 13 *sup.*).

(2) On verra plus tard qu'il y a une catégorie de *præscriptiones a parte rei* qui s'appellent *præjudicia*, et que là aussi l'idée générale contenue dans le mot *præjudicium* est celle du préjugé que la décision d'une question entraînerait relativement à une autre question.

(3) Sur ce point Gaius ne fait que confirmer ce que nous savions déjà par Théophile (sur le § 13, *De act.*).

(4) Avant la découverte des Institutes de Gaius, on croyait très généralement qu'il n'y avait pas de *præjudicia* en dehors des questions d'état. Cette erreur, engendrée par le texte des Institutes (§ 13 *sup.*), eût été prévenue par une lecture attentive d'autres textes déjà connus. C'est ce qui va ressortir de mes explications.

A. Les *præjudicia* de la première classe tiennent peu de place dans les textes. Voici les seuls que j'y trouve mentionnés : 1° on recherche *quanta dos sit* (Gaius, IV, § 44) (1) ; 2° un *adpromissor* reproche au créancier de n'avoir pas déclaré conformément à la loi quel serait le nombre des *adpromissores* et l'objet de leur engagement. Il pose au juge cette question : *an ex lege prædictum sit* (Gaius, III, § 123. — N° 561) (2) ; 3° un débiteur qui a subi la *bonorum venditio* allègue l'irrégularité de la vente. *An bona jure venierint*, telle est alors la question (L. 30, *De reb. auct. jud.*, XLII, 5) (3) ; 4° on recherche *an res de qua agitur major sit centum sestertiis* (Paul, V, 9 § 1) (4) ; 5° la *bonorum possessio secundum tabulas* étant accordée à un héritier qui n'est institué que sous condition (n° 450 *in fine*), le substitué lui fait promettre de ne pas diminuer la valeur de la succession. Que cette promesse vienne à être violée, même *pendente conditione*, et aussitôt le juge pourra être saisi de cette question *an institutus hereditatem deminuerit* (Paul, V, 9 § 1).

A. Préciser par une formule générale l'utilité pratique de cette espèce de *præjudicia* me paraît chose impossible, car il est évident

(1) Sur l'utilité pratique de ce *præjudicium* on a proposé les deux explications suivantes : 1° lorsqu'une femme meurt *in matrimonio*, ses funérailles se payent sur sa dot et sur sa succession, proportionnellement à l'importance respective de l'une et de l'autre. Il y a donc une contribution à établir entre les héritiers de la femme d'une part, et d'autre part son mari qui garde la dot ou son père qui la reprend (LL. 16 à 19 ; LL. 22 à 27, *De rel.*, XI, 7). C'est cette contribution que notre *præjudicium* tendrait à régler. Mais il me semble, et cela résulte des textes cités, que l'action *funeraria* dont j'ai déjà dit un mot (T. II, page 594, note 1), suffit à cet effet. J'ajoute que cette explication cadre mal avec le texte de Gaius ; car il s'agit, ce me semble, de déterminer le chiffre de la dot plutôt que son importance relativement à une autre masse de biens ; 2° il y aurait lieu à notre *præjudicium* dans les hypothèses exceptionnelles où la dot peut être valablement promise sans que l'on en fixe dès à présent l'objet ou la valeur (T. II, page 241, note 2). Cette seconde explication est ingénieuse et fort acceptable. Mais je ne vois pas pourquoi le *præjudicium quanta dos sit* se restreindrait à des hypothèses d'un caractère si peu pratique ; et j'estime qu'il s'appliquait aussi lorsque le mari, ayant fait pour la dot des dépenses nécessaires, craignait qu'elles ne fussent contestées plus tard. Déterminer le caractère et le chiffre de ces dépenses, c'est bien déterminer *quanta dos sit*, puisque, comme on le verra plus loin, ces dépenses diminuent la dot *ipso jure*.

(2) Ce *præjudicium*, on le sait, devait être exercé dans les trente jours. Fort probablement, son utilité principale tenait à ce que, passé ce délai, les *adpromissores* ne pouvaient plus se défendre en alléguant l'inobservation de la loi.

(3) A quoi sert ce *præjudicium*? peut-être voulait-on que la question de la validité ou de la nullité de la *bonorum venditio* fût résolue d'un seul coup et d'une manière uniforme à l'égard de tous les intéressés.

(4) Je n'aperçois pas quelle pouvait être l'application de ce *præjudicium*.

qu'on ne saurait leur assigner à tous un seul et même but. Mais, volontiers, je conjecture que cette forme de procéder était surtout usitée lorsque l'on craignait pour l'avenir une contestation portant ou sur l'existence d'un droit qui paraissait actuellement reconnu de tout le monde, ou sur l'étendue d'un droit qui n'était encore que conditionnel ou éventuel. Dans l'un et l'autre cas, l'on s'assurait par avance une preuve dont le bénéfice ne devait être recueilli que plus tard.

Quant aux *præjudicia* relatifs à des questions d'état, les Institutes (§ 13 *sup.*) nous en citent trois qui portent sur les questions suivantes: tel individu est-il libre ou esclave? est-il ingénu ou affranchi? est-il le fils de tel homme? Ce sont les *præjudicia de libertate, de ingenuitate, de partu agnoscendo.* Mais nous en connaissons d'autres, où il s'agit de savoir si telle personne a ou n'a pas le droit de cité romaine (LL. 1, 2, 4, C., *Ne de stat. def.*, VII, 21), quel est de deux citoyens celui qui a la puissance paternelle sur tel autre (L. 1 § 2. *De rei vind.*, VI, 1) (1), s'il y a eu mariage entre tel homme ou telle femme (L. 3 § 4, *De ag n. et al. lib.*, XXV, 3).

Pour déterminer exactement le domaine des *præjudicia* de cette seconde classe, il est essentiel de distinguer entre les vivants et les morts. Quand il s'agit d'une personne vivante, soit qu'elle recherche elle-même son état ou qu'un tiers le lui conteste, c'est toujours sous la forme d'un *præjudicium* que le débat s'engage, et cela alors même qu'il n'est soulevé, comme c'est l'ordinaire, qu'à l'occasion d'un intérêt pécuniaire qui en dépend (L. 2, C., *De ord. jud.*, III, 8). Remarquons d'ailleurs, qu'un intérêt de ce genre n'est aucunement nécessaire pour autoriser l'exercice d'un *præjudicium de statu :* on considère que l'intérêt moral qui s'attache à toute question d'état sert de cause suffisante à l'action. Telle est bien la pensée qu'Ulpien exprime sous une forme, il est vrai, peu satisfaisante, en disant que le *præjudicium de ingenuitate* peut être intenté *sine ulla causa* (L. 6, *Si ing.*, XL, 14). Quant aux morts, jamais leur état ne forme l'objet

(1) Lorsque le débat sur l'existence de la puissance paternelle s'agite directement entre le père et le fils, c'est par voie de *cognitio extraordinaria* qu'il doit être tranché : *prætor cognoscit*, dit Paul (L. 8, *De prob.*, XXII, 3). Car il n'y a pas d'action proprement dite entre deux personnes dont l'une est sous la puissance de l'autre (L. 4, *De jud.*, V, 1. — L. 7, *De obl. et act.*, XLIV, 7). Pour que le *præjudicium de patria potestate* fût possible en pareille hypothèse, il faudrait que le fils fût autorisé, comme l'homme qui plaide *de libertate sua*, à se faire représenter par un *assertor*, et rien ne permet de soupçonner que cela ait jamais été admis.

principal ni d'un *præjudicium* ni d'une action quelconque. C'est une règle, en effet, qu'il ne peut être débattu en justice que préalablement à une autre question et comme moyen de la résoudre, par conséquent devant le juge même auquel cette question est soumise(L. 1, C., *De ord. jud.* — L. 13, C., *De lib. caus.*, VIII, 16. — L. 3, C., *Ne de stat. def.*, VII, 21) (1). La conséquence de cette règle est fort claire : c'est que l'état d'un mort ne saurait être recherché devant le juge d'un *præjudicium* qu'autant que telle est la forme du débat engagé sur la question principale; et même en ce cas, ce n'est pas directement sur l'état du mort que l'action porte, et la décision à laquelle il donne lieu ne peut figurer que dans les motifs et non dans le dispositif de la sentence.

796 a. Quelle est l'origine historique des *præjudicia*? Parmi les trois que Justinien mentionne aux Institutes (§ 13 *sup.*), il y en a un, c'est le *præjudicium de libertate*, auquel il attribue une *causa legitima*, ce qui signifie, comme le prouvent plusieurs passages de Gaius (IV, §§ 14 et 82), qu'anciennement les procès relatifs à la liberté s'engageaient dans la forme du *sacramentum :* ils ne constituaient donc pas alors de véritables actions préjudicielles et aboutissaient à une condamnation. Quant aux *præjudicia de ingenuitate* et *de partu agnoscendo*, Justinien les fait dériver de la juridiction prétorienne. Mais est-il croyable que, jusqu'à la création de la préture, les questions d'ingénuité et de filiation n'eussent soulevé aucun procès, ou que les Romains n'eussent encore imaginé aucune forme propre à les résoudre? Je crois donc donner une traduction raisonnable de la pensée de Justinien en disant que fort probablement ces questions appartinrent d'abord au domaine de la *cognitio extraordinaria*, et telle est aussi l'origine que j'assignerais aux autres *præjudicia* concernant

(1) Cette règle elle-même fut limitée dans une certaine mesure par l'empereur Nerva. Ce prince décida que, lorsque cinq ans se seraient écoulés depuis la mort d'une personne, l'état dont elle aurait eu de son vivant la possession constante ne pourrait plus être contesté en justice, même accessoirement à une autre question (L. 1 pr.; L. 4 pr., *Ne de stat. def.*, XL, 15. — L. 2, C., *Ne de stat. def.*, VII, 21). Mais, nonobstant les termes généraux de cette prohibition, les jurisconsultes admirent, même après les cinq ans, la possibilité d'un débat judiciaire tendant à faire attribuer au défunt un état meilleur que celui qu'il avait possédé (L. 1 § 4 ; L. 3, *Ne de stat. def.*). Donc a-t-il vécu *in libertate*, *in ingenuitate*, *in civitate :* après cinq ans personne ne pourra sous aucun prétexte soutenir qu'il était esclave, affranchi ou pérégrin. Au contraire, a-t-il vécu *in servitute*, *in libertinitate*, *in peregrinitate :* à toute époque les intéressés seront admis à prouver qu'il était libre, ingénu ou citoyen romain.

l'état des personnes; je n'excepterais que celui qui a trait à la *patria potestas*, car les formalités de l'adoption, telles que les décrit Gaius (I, § 134), nous prouvent qu'autrefois deux personnes qui se disputaient la puissance sur un individu déterminé devaient recourir à la procédure du *sacramentum*. Quant aux *præjudicia* relatifs à de simples intérêts pécuniaires, je ne puis asseoir aucune conjecture sur des données positives, et j'incline à penser qu'ils n'ont pas de racine dans la législation antérieure au système formulaire.

Deux autres questions pourraient être posées ici : 1° sous le règne de la procédure extraordinaire, et spécialement dans le droit de Justinien, y a-t-il encore des *præjudicia* en dehors des questions d'état? Une solution négative ne pourrait s'autoriser, ce me semble, que du silence des Institutes. Mais rien ne prouve que ce silence équivaille à une exclusion ; 2° Justinien (§ 13 *sup.*) signale une certaine analogie entre les *præjudicia* relatifs aux *status* et les actions *in rem*. Quelle peut être sa pensée? Cette question, tout à fait secondaire, reviendra à propos de la distinction des actions réelles et des actions personnelles (n° 800).

797. Il convient d'entrer dans quelques détails sur les trois *præjudicia* nommés aux Institutes. Justinien ne les a en quelque sorte détachés des autres que parce que ce sont ceux qui offrent le plus d'intérêt pratique.

Du *præjudicium de libertate* ou *liberalis causa* (1). — Rappelons d'abord que dans la procédure des *legis actiones*, la *causa liberalis* est soumise à trois règles spéciales qui nous sont déjà connues : 1° comme les esclaves ne peuvent ni former une demande en justice ni y défendre (L. 105, *De reg. jur.*, L. 17), la personne dont la liberté est mise en question ne plaide jamais elle-même, elle est représentée par un tiers appelé *assertor libertatis* (n° 54) (2) ; 2° elle a la possession provisoire (*vindiciæ*), en d'autres termes, elle reste *in libertate* pendant toute la durée du procès (T. II, page 835, note 3;) 3° le *sacramentum*, fourni tant par l'*assertor* que par le prétendu *dominus*, est toujours fixé à cinquante as, somme modique, qui, pense-t-on, n'effrayera jamais la personne disposée à jouer le rôle d'*assertor* (T. II, page 833, note, 1). Cette troisième règle disparut par la force des choses lorsque le *sa-*

(1) Cette seconde expression est plus générale que la première. Elle est d'un emploi exact même pour l'époque où la procédure du *sacramentum* s'appliquait aux questions de liberté.

(2) *Asserere manu* signifie prendre par la main et amener à soi. C'est ce que faisait l'*assertor* à l'égard de la personne qu'il représentait, et de là son nom (Varron, *De ling. lat.*, VI, 64).

cramentum cessa de s'appliquer à la *causa liberalis*. Quant aux deux autres, nous les trouvons encore en vigueur au début du règne de Justinien, qui supprima la première et maintint la seconde.

Plaçons-nous maintenant à l'époque où la *liberalis causa* prit la forme d'un *præjudicium* (1). Elle se présente sous deux aspects très sensiblement différents : 1° Titius ayant la possession d'homme libre, c'est-à-dire vivant *in libertate*, et cela *sine dolo malo*, je prétends un jour qu'il est mon esclave. Il y a alors *vindicatio in servitutem*, et c'est moi qui joue le rôle de demandeur, parce que j'élève une prétention contraire à un fait reconnu, c'est donc à moi qu'incombe la charge de la preuve; 2° en sens inverse, Titius, que je crois mon esclave et que je possède comme tel, se prétend libre. Il y a alors *proclamatio in libertatem* et c'est lui qui joue le rôle de demandeur, car c'est lui qui contredit l'état de fait existant, à lui donc incombe la charge de la preuve (L. 7 § 5; L. L. 10, 11, 12 pr. et §§ 1 à 3, *De lib. caus.*, XL, 12) (2). Dans l'un et l'autre cas, le *præjudicium de libertate* met en jeu une question de propriété, et en cela il ressemble à la revendication. Mais, qu'on le remarque bien, dans la revendication il n'y a pas conflit de deux prétentions égales : le défendeur nie le droit de propriété qu'allègue son adversaire, mais il ne prétend pas être lui-même propriétaire, ou du moins il n'a pas besoin de le prétendre. Ici, au contraire, ce conflit existe nécessairement. Soit, en effet, une *vindicatio in servitutem* : comment la personne prétendue esclave nierait-elle être un objet de propriété sans affirmer du même coup qu'elle est libre (3)? Et si l'on suppose une *proclamatio in liber-*

(1) Quelle est cette époque? nous l'ignorons. Mais rien ne nous autorise à croire que le *præjudicium de libertate* n'existât pas encore au temps de Gaius. C'est pourtant ce que l'on a soutenu, en donnant pour motif que ce jurisconsulte (IV, § 44) ne cite qu'un seul *præjudicium* relatif à l'état des personnes, savoir le *præjudicium de ingenuitate*. Mais il est trop clair que Gaius entend donner un simple exemple, et son choix a bien pu être déterminé par cette considération qu'en fait les réclamations d'ingénuité étaient plus fréquentes que les réclamations de liberté.

(2) Un débat préalable peut s'élever sur la détermination des rôles respectifs que les parties doivent jouer, c'est-à-dire sur le point de savoir si la personne dont la liberté est en jeu possède l'état d'homme libre ou l'état d'esclave. Cette question ne pouvant être vidée par la voie d'un interdit, comme celle qui s'élèverait sur la possession d'une chose proprement dite, c'est le magistrat lui-même qui la tranche avant de délivrer la formule. C'est ce que décide le premier des textes que je cite. Voir aussi L. 15, C., *De prob.*, IV, 19.

(3) Si elle se reconnaissait esclave et ne faisait que nier le droit de propriété du demandeur, le *præjudicium de libertate* ne serait plus possible. Le débat ne pourrait s'engager qu'entre les deux personnes qui se prétendraient propriétaires, et ce serait une revendication proprement dite.

tatem, comment le prétendu maître contesterait-il la liberté à son adversaire sans affirmer que celui-ci est sa propriété (1) ? Ainsi dans tous les cas l'une des parties prétend que l'autre est sa propriété, et celle-ci prétend n'être la propriété de personne (2).

A. Ce n'est pas seulement en ce qui concerne la preuve qu'il importe de distinguer la *vindicatio in servitutem* de la *proclamatio in libertatem*, cette distinction est encore intéressante à d'autres points de vue : 1° j'ai dit que le bénéfice de la liberté provisoire appartient toujours à celui qui plaide pour sa liberté. Mais cette règle n'a plus, sous le système formulaire, un caractère aussi spécial qu'à l'époque des *legis actiones*. Dans le cas de *vindicatio in servitutem*, elle est devenue une simple application de la règle générale qui assure la possession au défendeur pendant toute la durée du litige ; c'est donc seulement dans le cas de *proclamatio in libertatem* qu'elle déroge au droit commun, aussi alors ne s'applique-t-elle qu'à partir de la *litis contestatio* (L. 25 § 2, *De lib. caus.*); 2° la *vindicatio in servitutem* ne compète pas seulement à celui qui prétend avoir la propriété pleine et exclusive, mais aussi à quiconque se dit propriétaire d'une part indivise ou allègue un simple droit réel, tel qu'un gage ou un usufruit (L. 8 pr., *De lib. caus.*), tandis qu'en principe la *proclamatio in libertatem* ne compète qu'à la personne qui se dit libre, ou, ce qui revient au même, à l'*assertor* qu'elle a choisi (3) ; 3° réciproquement, la *vindicatio in servitutem* n'est donnée que contre la personne que l'on prétend esclave, c'est-à-dire contre son *assertor*, tandis que la *proclamatio in libertatem* est donnée contre tous ceux à qui compèterait la *vindicatio in servitutem*; 4° lorsque la personne qui veut

(1) On conclut de là que celui qui plaide comme *procurator* au nom du maître doit, quelque rôle qu'il joue dans le procès, donner la *cautio de rato* (L. 39 § 5, *De proc.*, III, 3).

(2) Ce que je signale comme une différence entre la *liberalis causa* et la revendication fut au contraire une ressemblance à l'époque des *legis actiones*.

(3) Il y a des cas où cette règle fléchit. Ainsi lorsqu'il s'agit d'un *infans* ou d'un *furiosus*, toute personne peut *proclamare in libertatem*, c'est-à-dire se porter *assertor* au nom et sans le consentement de l'intéressé (L. 6, *De lib. caus.*). De même, quelle que soit la personne *in possessione servitutis*, lorsqu'il paraît que c'est pour injurier et déshonorer sa famille qu'elle refuse de réclamer sa liberté, ses parents de l'un ou de l'autre sexe et son conjoint sont admis à prendre l'initiative de l'action, par conséquent à se charger, malgré son opposition, du rôle d'*assertor* (LL. 1 à 5, *De lib. caus.*). Ces décisions sont des dérogations évidentes à une règle générale : c'est qu'en principe l'*assertor* est choisi par la personne intéressée. On remarquera, au surplus, que nul n'est tenu d'accepter l'office d'*assertor*, mais qu'après s'en être chargé, on ne le déserte pas sans encourir une peine (Paul, V, 1 § 5).

plaider *pro libertate sua* ne trouve pas d'*assertor*, s'il s'agit d'une *proclamatio in libertatem*, cela fait obstacle à l'exercice de son droit d'action, et, en conséquence, elle reste provisoirement *in servitute*. Si, au contraire, il s'agit d'une *vindicatio in servitutem*, on ne saurait admettre que le défaut d'*assertor* suffise à paralyser le droit du demandeur, sans quoi une personne légalement esclave aurait à son service un moyen trop facile de rester *in libertate*. En conséquence, on prend des mesures pour trouver un *assertor*, et si dans un certain délai l'on n'a point réussi, la personne dont la liberté est contestée est provisoirement traitée comme esclave et livrée au demandeur sans que cela préjuge en rien la question de droit (L. 5, C. Th., *De lib. caus.*, IV, 16) (1).

Quelques mots maintenant sur les résultats de la *liberalis causa*. Il importe, à un double point de vue, de distinguer quelle est la partie qui triomphe : 1° la sentence est-elle rendue *secundum libertatem*; elle est immédiatement réputée vraie, immédiatement définitive, en ce sens que l'appel forme l'unique ressource du prétendu maître (L. 4, C., *De lib. caus.*) (2). Au contraire, est-elle rendue *secundum servitutem* : la première instance n'est pas encore épuisée, mais une seconde, et, s'il y a lieu, une troisième action doivent être engagées; ce n'est donc qu'après trois décisions successives, conformes les unes aux autres, que la personne déclarée esclave est réduite au droit d'appel, faveur évidemment fondée sur ce que, n'ayant pas plaidé elle-même, elle a pu être mal défendue (L. 1 pr., C., *De ass. toll.*, VII, 17) (3); 2° lorsque le juge prononce *secundum libertatem*, les acquisitions que la personne déclarée libre a pu faire pendant le litige lui restent entièrement propres; quant à ses acquisitions antérieures, elles ne lui appartiennent que sous la réserve des droits que le prétendu maître pourrait fonder sur sa qualité de *bonæ fidei possessor* (L. 32, *De lib. caus.* — L. 31, C., *De lib. caus.* — N° 299). Lorsque au contraire le juge prononce *secundum servitutem*, nous devons appliquer le principe que les esclaves ne peuvent rien acquérir que pour leur maître (L. 35 § 2, *De*

(1) Ce texte appartient à Constantin. Les formalités qu'il organise sont sans doute une innovation, mais l'idée dont il s'inspire n'était probablement pas nouvelle.

(2) Cela est vrai alors même que la sentence a été obtenue par le dol de l'*assertor*, sauf l'action *de dolo* dont celui-ci est tenu (L. 24, *De dol. mal.*, IV, 3).

(3) Fort probablement celui qui plaidait *pro libertate sua* pouvait changer d'*assertor* à chaque instance nouvelle. Avait-il aussi le droit de demander un nouveau juge? L'affirmative paraît assez vraisemblable pour l'époque formulaire. Mais un tel changement cessa d'être possible, lorsque le magistrat fut devenu juge.

lib. caus.). Au surplus, et conformément au droit commun, la sentence qui déclare une personne libre ou esclave n'a de force qu'entre les parties (1), et, par exemple, si c'est une femme qui a succombé dans la *liberalis causa*, son échec ne préjuge rien à l'égard des enfants nés d'elle avant la *litis contestatio* (L. 42, C., *De lib. caus.*).

Les principes qui viennent d'être exposés ne passèrent pas tous dans la législation de Justinien. Ce prince supprima l'*assertio* et voulut que dans la *proclamatio in libertatem* la personne qui se disait libre plaidât toujours elle-même, et que dans la *vindicatio in servitutem* la personne prétendue esclave plaidât à son choix par elle-même ou par un *procurator*. L'*assertio* supprimée, il était logique que, quelle que fût l'issue du procès, la sentence eût force de chose jugée immédiate, c'est-à-dire ne pût être infirmée que par voie d'appel. C'est aussi ce que Justinien décida (L. 1 pr., C., *De ass. toll.*).

798. Du *præjudicium de ingenuitate* (2). — Je me bornerai à trois observations : 1° pour déterminer ici les rôles respectifs des plaideurs et savoir sur qui tombe la charge de la preuve, il faut faire une distinction. D'ordinaire, la question se présente en ces termes : un homme prétend que tel autre est son affranchi, et celui-ci, de son côté, se dit ingénu. En pareil cas, de même que dans la *causa liberalis*, nous devrons examiner de quel côté est la possession. Celui dont l'état est contesté a-t-il la *possessio libertinitatis* : c'est lui qui sera demandeur et qui devra prouver son ingénuité. Est-il au contraire *in possessione*

(1) Aussi lorsque la *vindicatio in servitutem* était intentée par plusieurs personnes soit comme copropriétaires, soit à des titres divers, l'une par exemple alléguant un droit de propriété et l'autre un droit d'usufruit, toutes ces demandes étaient autant que possible renvoyées devant le même juge. On évitait, par cette précaution, qu'un même individu ne fût jugé esclave à l'égard des uns et libre à l'égard des autres (L. 8 §§ 1 et s.; L. 9 pr. et § 1, *De lib. caus.*). En fait, cependant, l'on pouvait être obligé de séparer les diverses actions, comme aussi il pouvait se faire qu'elles fussent intentées les unes après les autres. Et de là une difficulté. Deux personnes ont agi comme propriétaires de Titius; l'une a fait reconnaître son droit, l'autre a échoué. Titius cependant ne peut pas être réputé libre pour partie, et esclave pour partie. Dans cette situation l'on admettait en général qu'il appartiendrait pour le tout au gagnant. C'est la décision de Gaius (L. 9 § 2, *De lib. caus.*). C'est aussi celle de Julien (L. 30, *eod.*). Mais on remarquera que le texte de ce dernier jurisconsulte semble se détruire lui-même en ajoutant que Titius sera libre et devra seulement payer la moitié de sa propre valeur à la partie gagnante. Mais cette décision évidemment appartient à Justinien, et elle rappelle celle que nous avons déjà étudiée pour le cas où un esclave commnn est affranchi par un seul des copropriétaires (n° 68).

(2) Dans un sens large l'expression *liberale negotium* se rencontre appliquée à ce *præjudicium* comme au précédent (L. 40, C., *De lib. caus.*).

ingenuitatis : il sera défendeur, et attendra que son adversaire établisse sa qualité de patron (L. 14, *De prob.*, XXIII, 3). D'autres fois, mais bien plus rarement, celui que je soutiens être mon affranchi reconnaît qu'il n'est pas ingénu, mais me dénie la qualité de patron. En pareil cas, c'est toujours à moi qu'incombe le rôle de demandeur et, par conséquent, le fardeau de la preuve (L. 6, *Si ing. esse dic.*, XL, 14) (1), et cela parce que mon adversaire serait obligé, pour prouver qu'il n'est pas mon affranchi, de prouver quel est son véritable patron. Or nul n'est admis à agir *de alieno jure* (L. 5 pr., *Si ususfr. pet.*, VII, 6) (2); 2° lorsqu'en fait une personne a été l'objet d'une *manumissio*, on ne lui donne, en règle générale, que cinq ans pour réclamer son ingénuité (L. 2 § 1; L. 4, *Si ing. esse dic.*); 3° en cette matière, de même que dans la *causa liberalis*, le jugement, conforme ou non à la vérité, produit tous ses effets entre les parties (L. 25, *De stat. hom.*, I, 5), mais il n'en produit aucun à l'égard des tiers en ce sens que l'homme déclaré ingénu dans un procès avec Titius peut, par une sentence ultérieure, être reconnu affranchi de Mævius, et toutefois la possession d'état d'ingénu lui appartient provisoirement (L. 25, *De stat. hom.*, I, 5. — L. 1, *Si ing.* — L. L. 3 et 4, *De coll. det.*, XL, 16) (3).

Præjudicium de partu agnoscendo. — La principale application de ce *præjudicium*, et la seule qu'indique Théophile (sur le § 13 *sup.*), se réfère à l'hypothèse d'un enfant dont la conception est antérieure et la naissance postérieure au divorce de sa mère. On a vu, en effet, que si cette dernière n'a pas dénoncé sa grossesse dans les trente jours ou si elle n'a pas reçu les gardiens qui lui étaient régulièrement envoyés, le mari est libre de nier sa paternité (n° 99). Mais la mère ou l'enfant lui-même peuvent demander à en faire la preuve, et le juge-

(1) Si ce texte a quelquefois été présenté comme contraire au précédent, c'est parce que l'on n'a pas toujours eu soin de distinguer les deux hypothèses.

(2) Pour motiver cette décision, on a allégué que le patron ressemble à un créancier. Mais ne pourrait-on pas en dire autant de celui qui se prétend propriétaire d'un homme qui de son côté se prétend libre? Si d'ailleurs ce motif signifiait quelque chose, il aurait eu pour conséquence de faire mettre dans tous les cas la preuve à la charge du prétendu patron.

(3) Ici doit se placer une observation commune aux deux *præjudicia de libertate* et *de ingenuitate*. Il peut arriver qu'un maître s'entende avec son esclave ou un patron avec son affranchi pour le faire judiciairement déclarer ingénu. Afin de prévenir de telles fraudes qui tendaient à donner des droits politiques à des incapables, le sénat décida que celui qui les dénoncerait (*detector*) deviendrait propriétaire de l'esclave ou patron de l'affranchi (L. 1, *De coll. det.* — L. 2, C., *De coll. det.*, VII, 20. — L. 8 § 1, *De in jus voc.*, II, 4).

ment qui intervient alors a cet effet singulier d'être réputé vrai à l'égard de toute personne intéressée (L. § 16 ; L. L. 2 et 3 pr., *De agnosc. et al. lib.*, XXV, 3). Du reste, un *præjudicium* de même nature, sinon de même nom, se conçoit très bien aussi lorsqu'un mari prétend que tel enfant n'est pas né de sa femme, qu'il était déjà conçu au moment du mariage ou que la conception ne résulte pas de ses œuvres (1).

CLASSIFICATION DES ACTIONS D'APRÈS LA NATURE DU DROIT QUI LEUR SERT DE BASE : ACTIONS RÉELLES, ACTIONS PERSONNELLES.

Lib. IV, tit. VI, *De actionibus*, § 1. — Omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacumque re quæritur, summa divisio in duo genera deducitur : aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est vel ex contractu, vel ex maleficio, quo casu proditæ sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare facere oportere, et aliis quibusdam modis (2); aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditæ actiones in rem sunt : veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat; nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

Toutes les actions, où une question quelconque est soumise à des juges ou à des arbitres, rentrent dans une division fondamentale qui comprend deux termes : elles sont réelles ou personnelles. De deux choses l'une, en effet : ou nous agissons contre quelqu'un qui est obligé envers nous, soit par un contrat, soit par un délit, et pour ce cas ont été proposées les actions personnelles, celles où nous exprimons notre prétention en disant que notre adversaire est tenu envers nous à donner ou à faire, ou de diverses autres manières. Ou bien nous agissons contre quelqu'un qui n'est à aucun titre obligé envers nous, mais à qui pourtant nous contestons un droit sur une chose; pour ce cas ont été proposées les actions réelles, par exemple si Titius se prétend propriétaire d'une chose corporelle possédée

(1) Les contestations relatives à la maternité devaient aussi, ce me semble, s'engager dans la forme des *præjudicia*.

(2) Il y a ici une allusion évidente aux diverses modifications que le caractère particulier de l'action pouvait introduire dans l'*intentio* (n° 769. — T. II, page 868, note 4), et cela prouve, comme d'autres observations le confirmeront plus tard, que la rédaction de ce paragraphe n'appartient pas à Justinien (T. II, p. 961, note 3; p. 976, note 1).

par un tiers qui lui-même s'en dit propriétaire; en effet, où Titius prétend que la chose est sienne, l'action est réelle.

§ 14. — Sic itaque discretis actionibus, certum est non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere : *si paret eum dare oportere;* nec enim quod actoris est id ei dari oportet, quia scilicet dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur ut ejus fiat, nec res quæ jam actoris est magis ejus fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est ut, extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur : *si paret eos dare oportere*, quamvis sit adversus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit (Gaius, IV, § 4).

Les actions étant ainsi distinguées, il est certain que nul ne peut réclamer sa propre chose en ces termes : *s'il paraît qu'un tel doit donner;* et en effet, l'on n'est pas obligé de donner à un demandeur ce qui lui appartient, car donner s'entend d'une translation de propriété, et la chose qui est déjà celle du demandeur ne peut pas lui être acquise une seconde fois. Néanmoins, en haine des voleurs, et afin qu'ils fussent tenus d'un plus grand nombre d'actions, l'on a admis qu'en dehors de la peine du double ou du quadruple, la restitution de la chose pourrait leur être demandée par une action ainsi formulée : *s'il paraît qu'ils doivent donner*, et cela quoique le demandeur ait aussi contre eux l'action réelle par laquelle il soutient que la chose est sienne.

§ 15. — Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes; in personam vero actiones, quibus dare facere oportere intenditur, condictiones : condicere enim est denuntiare, prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus condictionem actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere; nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit (Gaius, IV, §§ 4, 5 et 18).

Nous appelons les actions réelles *vindicationes;* et les actions personnelles où l'on prétend que le défendeur doit donner ou faire, *condictiones*. En effet *condicere*, dans l'ancienne langue, équivaut à *denuntiare*. Mais aujourd'hui c'est improprement que nous appelons *condictio* l'action personnelle où le demandeur soutient que le défendeur est tenu de lui transférer la propriété; car elle ne donne plus lieu à aucune *denuntiatio*.

799. L'action est réelle lorsqu'elle tend à faire reconnaître et sanc-

tionnner un droit de propriété ou tout autre droit réel; elle est personnelle, lorsqu'elle a pour objet un droit de créance. Telles sont les définitions fort exactes que Gaius (IV, §§ 2 et 3), Ulpien (L. 25 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7) et Justinien (§ 1 *sup.*) s'accordent à nous donner (1). Cette classification correspond donc à la division générale des droits qui composent le patrimoine (n° 189). Aussi est-elle, sans contredit, la plus essentielle de toutes celles que nous avons à parcourir. Deux considérations mettront cette idée en relief. D'abord cette classification non seulement précéda le système formulaire et lui survécut, mais elle est de celles dont l'importance ne grandit pas lorsqu'il apparut et ne diminua pas lorsqu'il s'en alla. Si donc, à toute époque elle s'exprima d'une façon plus ou moins énergique dans les règles de

(1) Ces définitions ne sauraient être sérieusement contestées. Cependant on a quelquefois cherché ailleurs que dans la nature du droit litigieux le caractère différentiel de l'action réelle et de l'action personnelle. Voici à cet égard deux systèmes qu'il faut connaître, parce que tous les deux contiennent une large part de vérité : 1° l'action réelle serait celle dont l'*intentio* ne nomme que le demandeur, et l'action personnelle celle dont l'*intentio* nomme les deux parties. Mais on a déjà vu que c'est là une différence toute secondaire et qui d'ailleurs n'est pas absolument constante. J'ajoute que si ce système était exact, notre classification n'aurait pas pu naître avant le système formulaire et aurait dû périr avec lui. Tout ce qu'il est raisonnable d'accorder, c'est que cette différence dans la rédaction de l'*intentio*, ou, pour mieux dire, la différence analogue qu'on relève déjà dans la procédure *per sacramentum*, peut expliquer les dénominations *in rem* et *in personam*; mais s'en servir pour expliquer la distinction elle-même, c'est traiter comme général un effet qui n'est que très ordinaire, et ce qui est plus grave, c'est prendre l'effet pour la cause (n° 758. — T. II, page 867, notes 1 et 2) ; 2° remarquant que l'action réelle se donne contre le possesseur, et l'action personnelle contre le débiteur, on définit l'une celle dont le sujet passif n'est pas connu d'avance et peut toujours changer, l'autre celle dont il est déterminé à l'avance d'une manière invariable. En effet, la possession peut se déplacer, mais la qualité de débiteur ne se déplace pas juridiquement, elle ne peut que se transmettre. Ce système, bien qu'il ait sur le précédent l'avantage de s'attacher à une différence qui tient au fond des choses et non aux formes de la procédure, comporte néanmoins des critiques du même genre. Et en effet il y a certaines actions personnelles, telles que les actions noxales et l'action *ad exhibendum* qui ne compètent en principe que contre le possesseur (Inst., § 5, *De nox. act.*, IV, 8. — L. 3 §§ 3 et 15, *Ad exhib.*, X, 4), et à l'inverse les actions confessoire et négatoire, quoique réelles, ne supposent pas nécessairement que le défendeur possède (L. 5 § 6, *Si ususfr. pet.*, VII, 6). Si d'ailleurs il est vrai qu'en général on connaît d'avance le défendeur à l'action personnelle et non le défendeur à l'action réelle, cela tient à ce qu'en fait le débiteur seul peut violer le droit du créancier, tandis que le droit de propriété peut être violé par tout le monde. Les définitions que je critique se fondent donc sur une différence qui, outre qu'elle n'est point absolue, dérive elle-même d'une différence plus profonde, celle qui sépare les droits de créance des droits réels. Tel est le point de vue qui ressort du texte même d'où l'on a tiré ce système (L. 25 pr., *De obl. et act.*).

la procédure, à toute époque aussi elle en resta indépendante et les domina. En second lieu, de toutes les classifications des actions que les Romains nous ont laissées, elle est la seule peut-être que toutes les législations modernes aient acceptées, et cela précisément parce qu'elle est plus naturelle et plus nécessaire qu'aucune autre. Il n'est donc pas étonnant que les Institutes de Gaius (IV, § 1) et de Justinien (§ 1 *sup.*) la placent en tête de l'étude des actions.

Les actions *in rem* ou réelles portent le nom générique de *vindicationes* (§ 15 *sup.* — Gaius, IV, § 5). Souvent aussi, sous le nom de *petitiones*, on les oppose aux actions proprement dites, et alors le mot *actiones* ne comprend plus que les actions personnelles, signification restreinte due probablement à ce que le moule formulaire ne s'adapta d'abord qu'à cette seconde espèce d'actions, la loi Æbutia ayant laissé subsister le *sacramentum* en matière réelle (L. 28, *De obl. et act.*, XLIV, 7. — L. 178 § 2, *De verb. sign.*, L, 16) (1). Quant aux actions personnelles, dans la pure langue classique, elles n'ont d'autres noms que ceux d'*actiones in personam* ou *personales*. Mais il paraît qu'à la longue on s'habitua à les appeler *condictiones*, bien que ce nom, comme on le verra plus loin (n° 868), ne s'applique exactement qu'à certaines actions personnelles. Ainsi parle Justinien (§ 15 *sup.*) (2), et ce qui est plus étonnant, peut-être que tel était déjà le langage du jurisconsulte Ulpien (L. 25 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7).

800. Des définitions précédemment données, deux conséquences résultent :

1° Il y a des actions qui ne sont ni réelles ni personnelles : ce sont celles où le demandeur n'allègue ni droit réel ni droit de créance. Cependant Justinien (§ 1 *sup.*) présente notre classification comme absolument générale (3); mais lui-même, aux Institutes, s'inflige un double démenti : 1° en disant des *præjudicia*, qu'ils ressemblent aux

(1) Cette opposition entre l'*actio* et la *petitio* est très nette dans la stipulation Aquilienne (T. II, page 737). Du reste, il ne faut rien exagérer : de même que le mot *actio* s'étend presque toujours aux actions réelles (L. 3 pr., *De obl. et act.*), de même les mots *petere* et *petitio* s'appliquent fort souvent aux actions personnelles elles-mêmes (L. 2, *Si ususfr. pet.*, VII, 6. — L. 22, *De reb. cred.*, XII, 1).

(2) Justinien copie ici un texte de Gaius (IV, § 5) qu'il ne comprend pas et dont il change la signification. Le vrai sens en sera expliqué plus loin.

(3) Cette erreur peut s'expliquer de deux manières. D'abord, ainsi qu'on va le voir, le nombre est petit des actions qui ne sont ni réelles ni personnelles, et la plupart offrent peu d'importance. On peut croire, en second lieu, que Justinien a emprunté la première phrase du texte précité à quelque jurisconsulte qui ne prenait pas le mot *actiones* dans toute sa généralité et ne se référait qu'à celles qui

actions réelles (*in rem esse videntur*, § 13, *De act.*), Justinien les exclut formellement de la catégorie des actions personnelles, et reconnaît implicitement qu'ils ne constituent pas non plus de véritables actions réelles, car une ressemblance n'est pas une identité (1). Et en effet, quant aux *præjudicia de statu*, les seuls auxquels on puisse affirmer que Justinien se réfère, il est impossible de les comprendre dans notre classification, car l'état d'une personne ne compte pas dans son patrimoine, et par conséquent ce n'est ni un droit réel ni un droit de créance, mais un droit d'une nature particulière. A l'égard des autres *præjudicia*, l'on pourrait être tenté de soutenir que, selon le caractère de l'intérêt qui leur sert de base, ils constituent tantôt des actions personnelles, tantôt des actions réelles; mais je crois plus probable qu'à raison même de leur but et parce que la sentence qui les termine ne donne jamais lieu ni à l'action *judicati* ni à aucune voie d'exécution, on les mit franchement en dehors de notre classification, et n'est-ce pas pour cela peut-être qu'on ne les compte pas toujours parmi les *actiones* (T. II, page 948, note 1)? 2° Justinien (§ 30, *De act.*) admet la compensation dans toutes les actions réelles, personnelles *ou autres*. Or, ces derniers mots impliquent avec évidence que, même parmi les actions qui tendent à obtenir une condamnation, il y en a qui ne sont ni réelles ni personnelles. Mais quelles peuvent être ces actions? Ce sont, je pense, les actions pénales populaires. Nous verrons, en effet, qu'appartenant à tout le monde, elles ne comptent par cela même dans le patrimoine de personne, et que celui qui les exerce n'est réputé créancier qu'à partir de la *litis contestatio* (n° 858). Elles ne dérivent donc pas d'un véritable droit de créance, et il n'y a pas besoin de chercher à démontrer qu'elles dérivent moins encore d'un droit réel.

font partie du patrimoine. Une telle conjecture paraîtra vraisemblable, si l'on remarque que cette phrase fait allusion à une distinction qui n'a plus aucun sens sous Justinien, celle des *judices* et des *arbitri* (voir ci-dessus page 958, note 2).

(1) Le *præjudicium de libertate* ressemble véritablement aux actions réelles, en ce sens qu'il contient toujours une question de propriété. Mais certainement ce n'est point à cette ressemblance que Justinien fait allusion, puisqu'il compare d'une manière générale les *præjudicia* aux actions réelles. Quelle est donc au juste sa pensée? Il est difficile et heureusement peu nécessaire de le savoir. On peut choisir entre deux explications : d'après l'une, la ressemblance du *præjudicium* à l'action réelle serait toute négative, et résulterait simplement de ce qu'il ne pose pas de question d'obligation. Dans l'autre, moins naïve, mais d'une portée plus restreinte, car elle ne peut s'appliquer qu'aux *præjudicia de statu*, on dit, ce qui est vrai, que l'état des personnes, à l'exemple des droits réels, existe *erga omnes* et peut être établi contre quiconque le conteste.

2° Une même action n'est jamais à la fois réelle et personnelle. L'opinion contraire impliquerait qu'un même droit peut être tout ensemble droit réel et droit de créance, c'est-à-dire exister contre tout le monde et néanmoins n'exister que contre une personne déterminée. Mais n'allons pas conclure de là qu'une même personne n'ait jamais relativement à la même chose deux actions, l'une réelle et l'autre personnelle. Ainsi ai-je livré une chose à titre de dépôt, de commodat, de précaire, de gage, de louage : pour la recouvrer, je puis toujours exercer l'action née du contrat, mais si par hasard je ne possède pas, je puis aussi recourir à la revendication. Une option semblable appartient, s'il y a lieu, au propriétaire qui a stipulé la restitution de sa chose une fois l'usufruit éteint. Donc tout ce qui est vrai, c'est qu'un propriétaire, ne pouvant point acquérir une créance qui ait pour objet la dation de sa propre chose, on ne comprend pas la naissance d'une *condictio certi* au profit de celui qui est déjà investi de la revendication (1) ; car l'*intentio* de cette *condictio* porte *si paret illam rem dare oportere*. Toutefois les textes mêmes qui posent cette règle constatent qu'on y dérogea en haine des voleurs (Gaius, IV, § 4. — § 14 *sup.*). Et en effet, j'ai déjà expliqué (n° 673) que le voleur n'est pas seulement tenu de la revendication, mais aussi d'une *condictio* où le propriétaire volé soutient *rem furtivam sibi dari oportere*, comme si le vol était une manière d'acquérir la propriété (2). Ailleurs les Institutes indiquent qu'une anomalie semblable fut admise à l'égard de certains autres possesseurs (§ 26, *De div. rer.*, II, 1) (3). Elles font allusion sans doute à ceux qui ont pris possession d'un immeuble par violence (L. 1 § 2 ; L. 2, *De cond. trit.*, XIII, 2), et aussi peut-être à ceux qui, détenant la chose d'autrui en vertu d'un contrat, par exemple d'un dépôt, en refusent la restitution ou l'ont rendue

(1) La réciproque de cette proposition ne serait pas vraie. Ainsi je stipule une chose, puis j'en deviens propriétaire par une cause autre que l'exécution de cette stipulation. Je conserve la *condictio* qui m'était acquise, à moins qu'il n'y ait concours de deux causes lucratives (n° 400). On voit donc que celui qui a déjà la *condictio certi* peut la garder et néanmoins acquérir la revendication.

(2) Si l'on était bien sûr que cette anomalie remontât jusqu'au temps des *legis actiones*, on en trouverait peut-être l'explication dans la règle qui exigeait la présence *in jure* de la chose revendiquée ou d'un fragment de cette chose (n° 742). La *condictio furtiva* aurait été introduite pour remplacer au besoin la revendication que fort souvent le voleur aurait rendue impossible en faisant disparaître la chose.

(3) Théophile paraît appliquer ce paragraphe à tous possesseurs. C'est ou une erreur ou un grave défaut de précision.

impossible par leur dol (L. 4 § 1, *De reb. cred.*, XII. 1. — L. 13 § 1, *Dep.*, XIV, 3).

801. Entre les actions réelles et les actions personnelles, il y a un certain nombre de différences générales qui ont été ou seront expliquées ailleurs. Pour les mieux faire retenir, je vais les grouper ensemble : 1° comme en principe il n'y a que le possesseur qui soit tenu de l'action réelle, et que la possession ne se transmet pas héréditairement sans une appréhension matérielle de la chose (n° 238), il faut dire que l'héritier d'un possesseur n'est pas tenu de l'action réelle en sa seule qualité d'héritier (1); au contraire, la règle étant que les obligations, à quelques exceptions près, se transmettent par voie héréditaire, l'héritier sera en principe tenu des mêmes actions personnelles que le défunt (L. 1 § 21, *De coll.*, XXXVII, 6); 2° le défendeur à l'action réelle est toujours tenu de fournir satisdation, tandis qu'en matière personnelle cette obligation ne lui incombe guère qu'autant qu'il plaide *alieno nomine* (Gaius, IV, §§ 91, 101, 102); 3° l'action réelle, du moins quand on l'envisage dans la dernière et la plus connue de ses formes, est toujours arbitraire, tandis que ce caractère n'appartient qu'à un petit nombre d'actions personnelles; 4° comme on l'a déjà vu, il ne peut y avoir de *demonstratio* que dans les formules d'actions personnelles, et ce sont aussi les seules où l'*intentio* nomme les deux parties (n°s 757 et 758); 5° nous avons vu enfin que l'effet extinctif de la *litis contestatio* ne s'opère jamais *ipso jure* en dehors des actions personnelles (n° 766).

DES ACTIONS RÉELLES CIVILES

SOMMAIRE. I. Énumération des actions réelles civiles. Des diverses formes sous lesquelles elles se présentent à l'époque formulaire. — II. De la *rei vindicatio* — III. Des actions *confessoria* et *negatoria*. — IV. De la *petitio hereditatis*.

I. — ÉNUMÉRATION DES ACTIONS RÉELLES CIVILES. — DES DIVERSES FORMES SOUS LESQUELLES ELLES SE PRÉSENTENT A L'ÉPOQUE FORMULAIRE.

802. Les actions réelles civiles sont destinées à sanctionner les droits

(1) Je suppose que l'action n'a point été engagée entre le propriétaire revendiquant et le possesseur défunt. Sinon, l'obligation née de la *litis contestatio* produit tous ses effets contre l'héritier du possesseur (L. 42, *De rei vind.*, VI, 1). Je

réels reconnus par le droit civil; elles sont donc peu nombreuses, on n'en compte que quatre : 1° la *rei vindicatio*, donnée à celui qui prétend avoir en tout ou en partie la propriété quiritaire d'une chose corporelle ; 2° l'action *confessoria* par laquelle le demandeur prétend avoir une servitude personnelle ou réelle sur la chose d'autrui ; 3° l'action *negatoria*, par laquelle un propriétaire soutient que sa chose n'est pas grevée de telle servitude ; 4° la *petitio hereditatis*, action beaucoup plus générale que les précédentes, et où le demandeur se dit héritier de telle personne décédée, par conséquent investi de tous les droits actifs qu'elle comptait dans son patrimoine.

Gaius (IV, §§ 91 et 93) constate que de son temps l'action réelle s'exerçait de trois manières différentes, *per sacramentum*, *per sponsionem*, et *per formulam petitoriam*. A tous égards, il importe de distinguer ces trois formes. Et d'abord les deux dernières seules appartiennent à la procédure formulaire (1), car le *sacramentum* dont il est ici question n'est autre que la vieille *legis actio* précédemment étudiée (n° 742). En second lieu, le *sacramentum*, du moins depuis les *leges Juliæ*, paraît ne s'appliquer plus qu'à la pétition d'hérédité et n'être d'un usage obligatoire que dans l'hypothèse spéciale d'une *querela inofficiosi testamenti* (n°s 736 et 747). Tout au contraire, si l'on excepte cette même hypothèse, il n'y a pas d'action réelle qui ne s'adapte et à la *sponsio* et à la *formula petitoria*, de sorte que nos trois formes s'appliquent toutes à la pétition d'hérédité ordinaire. Enfin, tandis que le *sacramentum* remonte à une époque tout à fait lointaine, il est évident que ni la *sponsio* ni la *formula petitoria* ne naquirent avant le système formulaire, et selon toute probabilité elles ne sont pas même contemporaines de sa création ; sinon, l'on aurait quelque peine à comprendre que la loi Æbutia eût laissé substituer le *sacramentum* en matière réelle. A quelle époque donc ces deux formes furent-elles introduites? On l'ignore. Ce qui est hors de doute, c'est qu'elles existaient l'une et l'autre dans les derniers temps de la république. Cicéron nous montre la *formula petitoria* déjà usitée dans la *rei vindicatio* (2^{a} *act. in Verr.*, II, 12), sans toutefois que cela emportât exclu-

ferai remarquer en outre que l'héritier qui aurait tiré quelque profit de la possession du défunt en devrait la restitution par voie d'action *in factum* (L. 52, *De rei vind.*).

(1) Aussi constituent-elles seules des *actiones* dans le sens que nous avons vu donner à ce mot par Celsus (T. II, page 805). Tel est bien ici le langage de Gaius qui, quoiqu'il n'oublie point le *sacramentum*, dit, faisant allusion à ces deux formes seules, *in rem actio duplex est*, et non pas *triplex est*.

sion du *sacramentum* (*pro Mur.*, 12). Il nous apprend aussi que la *petitio hereditatis* s'exerçait ou *per sacramentum*, ou *per sponsionem*, au choix du demandeur (2[a] *act. in Verr.*, I, 45). Ce dernier passage prouve qu'ici la *formula petitoria* n'était point encore admise, et par cela même il nous autorise à la croire, d'une manière générale, postérieure à la *sponsio*. C'est d'ailleurs ce qui ressort assez clairement des deux considérations suivantes. D'une part, quand on analyse les formes de la *sponsio*, on y trouve une extrême simplification, un reste, si l'on veut, de celles du *sacramentum*, et en même temps un effort pour plier les questions de droits réels à une procédure qui n'avait point été créée pour elles. D'où l'on conclut naturellement qu'elle servit de transition entre le *sacramentum* et la *formula petitoria*. D'autre part, à regarder la *formula petitoria* elle-même, on est tout de suite frappé de la supériorité de sa forme et de ses résultats ; aussi prit-elle rapidement le pas sur la *sponsio*, et sa trace se rencontre partout dans la compilation de Justinien, où la *sponsio*, elle, ne se laisse pas même entrevoir. La conclusion est que si les actions réelles fussent entrées pour la première fois dans le système formulaire par la voie de la *formula petitoria*, l'on n'eût jamais ni senti le besoin ni conçu l'idée de la *sponsio*.

803. Entrons maintenant dans quelques détails sur chacune de ces trois formes.

Du *sacramentum*. — Les règles déjà exposées (n° 742) subsistent, sauf trois modifications constatées par Gaius (IV, § 95) : 1° le taux du *sacramentum* ne dépend plus de la valeur de la chose litigieuse ; il est uniformément fixé à 125 sesterces, et cela, parait-il, d'après une loi Crépéria ; 2° c'est au gagnant lui-même, et non plus au Trésor, que le perdant paye cette somme ; 3° en conséquence, elle n'est plus promise au magistrat, mais chaque partie la stipule directement sous cette condition : *si res de qua agitur mea est* (1).

De la *sponsio*. — On appelle ainsi une promesse que le défendeur fait à son adversaire en réponse à l'interrogation suivante : *si res, qua de agitur, ex jure Quiritium mea est, sestertios XXV nummos dare spondes*? Cette *sponsio*, nous dit Gaius, n'est qu'un expédient qui permet au juge de statuer sur le droit de propriété (2), mais le demandeur

(1) De là sans doute une variation dans le langage de Gaius. Au lieu de l'expression *summa sacramenti* dont il se servait pour l'époque primitive, il dit maintenant *summa sponsionis* (IV, §§ 13 et 95).

(2) Cela prouve bien qu'à l'époque où l'on imagina la procédure *per sponsionem*, la *formula petitoria* n'existait pas encore.

venant à gagner son procès, ne pourra pas exiger la somme promise. La promesse est donc préjudicielle et non pénale. Aussi ne trouvons-nous point ici la *restipulatio* que l'égalité comporte et que la loi exige partout où il y a lieu à une *sponsio pœnalis*, je veux dire que le défendeur ne se fait faire aucune promesse réciproque en vue du cas où la chose serait jugée lui appartenir à lui-même ou ne point appartenir à son adversaire. La *sponsio* que je viens de décrire sert de base à la délivrance d'une formule dont l'*intentio* est ainsi conçue : *si paret Nm Nm Ao Ao sestertios XXV nummos dare oportere*. Nous retrouvons donc ici le même détour que dans le *sacramentum*. En apparence, c'est une simple question d'obligation que le juge doit résoudre. Mais comme cette obligation dépend exclusivement de l'existence du droit de propriété allégué par le demandeur, au fond c'est bien sur ce droit lui-même et sur lui seul que tous les débats portent ; la *sponsio*, comme le dit si exactement Gaius, ne tend qu'à rendre possible un jugement *de re* (Gaius, IV, §§ 93 et 94) (1).

La *sponsio*, outre sa plus grande simplicité de forme, présente sur le *sacramentum* un triple avantage : 1° il n'appartient plus au magistrat de déterminer la partie qui possédera pendant la durée du litige. La possession reste provisoirement où elle était, c'est-à-dire aux mains du défendeur. Mais en revanche, celui-ci doit, par une promesse personnelle accompagnée de *satisdatio*, garantir l'exécution de la condamnation qui pourra être prononcée. Cette promesse a pour objet la valeur de la chose et de ses accessoires, telle que la fixera le juge. Elle s'appelle *stipulatio pro prœde litis et vindiciarum*, parce qu'elle remplace la promesse et les *prœdes litis et vindiciarum* que

(1) L'application de la *sponsio* à notre matière n'exigea pas grands frais d'imagination. Rien n'était plus familier aux Romains que ce procédé. Deux personnes, pour faire naître une action là où il n'y en avait pas, se promettaient réciproquement telle somme sous une condition inverse, et alors un juge était nommé pour décider cette question : quel est des deux stipulants celui qui peut exiger que l'autre acquitte sa promesse ? L'emploi de ce procédé était tantôt spontané, tantôt commandé par le magistrat. On le rencontre dans des matières de droit public aussi bien que de droit privé, et même à propos de questions comme celles-ci : un tel est-il honnête homme ou plus honnête homme que tel autre? (Plaut., *Menæch.*, IV, 2, v. 23 et s. — Cic., *pro Quint.*, 8 ; *in Pis.*, 23 ; 2a *act. in Verr.*, III, 57 à 59 ; V, 54 ; *De off.*, III, 19 ; *Epist. ad fam.*, VII, 21. — Tit.-Liv., III, 24 ; XXXIX, 43. — Val. Max., VI, 1, n° 11. — Aul-Gell., XIV, 2). Indépendamment des exemples fournis par ces textes et par beaucoup d'autres, nous voyons la *sponsio* employée en plusieurs cas comme moyen de réprimer l'esprit de chicane (Gaius, IV, §§ 141 et 171). Ce qu'elle a de tout à fait original dans son application aux questions de propriété, c'est de n'être que préjudicielle.

le possesseur devait fournir dans la procédure du *sacramentum* (Gaius, IV, §§ 91 et 94[a]); 2° il n'y a plus que le demandeur qui soit obligé de prouver son droit de propriété. En effet, par cela même que le défendeur possède, il est présumé, je ne dis pas être propriétaire, mais avoir au moins autant de droit que son adversaire, et c'est précisément pour cela qu'on lui laisse la possession provisoire; 3° la partie qui succombe n'encourt plus aucune peine. — Ces avantages, au surplus, sont atténués par un très réel inconvénient. En effet, tandis que dans le *sacramentum* la condamnation prononcée contre le défendeur qui succombe a pour objet la restitution de la chose elle-même, un tel résultat ne pouvait pas être admis dans la *sponsio* : il eût été trop contraire à la règle générale d'après laquelle toute condamnation prononcée en vertu d'une formule est pécuniaire (n° 762) (1). A quoi donc pouvait aboutir cette procédure? Je l'ai déjà indiqué, elle aboutissait à une *litis æstimatio*, c'est-à-dire à une condamnation basée sur la valeur de la chose et de ses accessoires. Cela résulte assez clairement d'un texte de Gaius (IV, § 89) (2). Mais pour qu'un tel résultat se comprenne, il faut absolument supposer que les cent vingt-cinq sesterces présentés comme dus dans l'*intentio* ne figuraient plus dans la *condemnatio*, celle-ci étant conçue conformément au modèle suivant : *quanti fundus ille erit, tantam pecuniam condemna*.

De la *formula petitoria*. — Cette formule est celle dont l'*intentio*, précédemment analysée (n° 758), est ainsi rédigée : *si paret illam rem A[i] A[i] esse ex jure Quiritium*. Deux choses la caractérisent. D'abord, comme on le voit, elle soumet directement au juge l'examen de la question de propriété. L'existence du droit réel n'apparaît donc plus ici comme la condition de la naissance d'un droit de créance. Le demandeur réclame sa chose elle-même, et de là l'expression *formula petitoria* (Gaius, IV, § 92). En second lieu, cette formule contient la clause *nisi restituat* (3), dont la signification est qu'une fois l'exactitude de

(1) On a prétendu, il est vrai, qu'après avoir constaté le droit du demandeur le juge de la *sponsio* devait ordonner la restitution de la chose revendiquée et même au besoin la faire exécuter par la force. Mais outre que cette conjecture ne s'appuie sur aucun texte, comment expliquer, si elle était exacte, l'introduction ultérieure et la rapide prédominance de la *formula petitoria?* L'exécution forcée est particulièrement invraisemblable ici pour ceux qui croient comme moi que la *formula petitoria* elle-même ne la comporta pas toujours.

(2) L'enchaînement que ce paragraphe forme avec ceux qui le suivent témoigne clairement qu'il ne s'applique pas moins à la *sponsio* qu'à la *formula petitoria*.

(3) Comment cette clause était-elle conçue et où la plaçait-on? Peut-être à cet égard n'avait-on pas de règle bien fixe. Ainsi à l'*intentio*, telle que je l'ai donnée

la demande reconnue, le défendeur sera tenu de fournir une satisfac*tion préalablement arbitrée et ordonnée par le juge*, et que c'est seulement faute d'obéir à cet ordre qu'il sera condamné. A raison même de cette clause, la *formula petitoria* est aussi appelée *formula arbitraria* (1). Elle a sur le *sacramentum* les mêmes avantages que la *sponsio*. Mais sur la *sponsio* elle-même, elle présente une double supériorité. D'abord, et par cela même qu'elle pose franchement la véritable question litigieuse, elle est plus logique. En outre, par la clause *nisi restituat*, elle procure un sérieux avantage au demandeur ; sans doute elle ne lui assure pas la restitution de sa chose elle-même, car, comme on le verra plus tard, il paraît que l'ordre du juge ne fut pas dès le principe exécutoire par la force, mais la désobéissance du défendeur a pour conséquence de remettre au demandeur lui-même la fixation de la condamnation (nº 867). Le propriétaire a donc la certitude ou de recouvrer sa chose, ou d'en obtenir un prix élevé. Toutefois il faut reconnaître que la *formula petitoria* ne répondit complétement aux besoins de la pratique que le jour où le *jussum* du juge comporta l'exécution forcée ; jusque-là on put, dans une certaine mesure, regretter le *sacramentum*.

Reste à nous poser deux questions : 1° que devinrent, une fois le système formulaire tombé, nos trois formes d'action réelle ? A l'égard du *sacramentum*, la question se confond avec celle de la durée du tribunal des centumvirs (nº 736). Quant à la *sponsio* et à la *formula petitoria*, envisagées dans leur forme, elles ne purent que périr immédiatement. Mais tandis qu'il ne resta rien de la *sponsio*, les règles de fond auxquelles la *formula petitoria* n'avait fait que donner une expression spéciale subsistèrent. En d'autres termes, l'examen du juge continua de porter directement sur la question de propriété, et l'action réelle demeura dans tous les cas arbitraire ; 2° pourquoi ai-je présenté le développement historique qui vient d'être exposé, comme spécial aux actions réelles civiles ? C'est d'abord que très certainement le *sacramentum*, avec ses formules calquées sur le texte même de la

d'après Gaius (nº 758), Cicéron ajoute *neque ea res arbitrio judicis restituatur* (*In Verr.* 2ª *act.*, II, 12). Gaius, se référant, il est vrai, à une action personnelle, insère les mots *nisi restituat* dans la *condemnatio* entre le pouvoir de condamner et le pouvoir d'absoudre (18, § 47). On conçoit fort bien aussi que ces deux mots fussent intercalés entre l'*intentio* et la *condemnatio*.

(1) Cette seconde expression est moins technique parce qu'elle convient également à plusieurs actions personnelles (Gaius, IV, § 141).

loi, ne put jamais être adapté aux actions réelles d'origine prétorienne; c'est, en outre, que selon toute vraisemblance, ces actions ne passèrent pas non plus par la procédure de la *sponsio*. La *formula petitoria* paraît avoir été leur première et leur dernière forme (1), et il n'y a pas de témérité à croire que cette forme commença par leur être spéciale et que ce sont elles qui finirent par la communiquer aux actions réelles civiles.

Mes développements sur les diverses actions réelles se réfèreront tout particulièrement à la *formula petitoria*.

II. — DE LA *rei vindicatio*.

Lib. IV, tit. XVII, *De officio judicis*, § 2. — Et si in rem actum sit, sive contra petitorem judicaverit, absolvere debet possessorem, sive contra possessorem, jubere eum debet ut rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si possessor neget in præsenti se restituere posse, et sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei, ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus quod ei datum est non restituisset. Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt quæ diximus intervenire in singularum rerum petitione (2). Illorum autem fructuum quos culpa sua possessor non perceperit, in utraque actione eadem ratio pæne habetur, si prædo fuerit; si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio

Dans les actions réelles, si le juge statue contre le demandeur, il doit absoudre le possesseur; et s'il statue contre le possesseur, il doit lui ordonner de restituer la chose elle-même avec les fruits. Que si le possesseur déclare ne pouvoir pas restituer présentement, et sollicite un délai, il doit l'obtenir pourvu que cette demande ne paraisse point cacher une fraude, mais cela toutefois sous la condition de promettre et de faire garantir par un fidéjusseur l'estimation du litige pour le cas où la restitution ne serait pas faite dans le délai fixé. Dans la pétition d'hérédité, les règles relatives aux fruits sont celles que nous avons présentées comme applicables à la revendication des choses particulières. Quant aux fruits que le possesseur a par sa

(1) Cette conjecture admise, on s'explique très bien pourquoi dans le paragraphe des Institutes relatif aux actions arbitraires aucune action réelle civile ne figure (§ 31, *De act.*). C'est que probablement le jurisconsulte que Justinien copie n'avait choisi ses exemples que parmi les actions dont la *formula arbitraria* était la forme nécessaire et unique.

(2) Cette phrase fait allusion au § 35, *De divisione rerum* (II, 1).

consumptorum, neque non perceptorum; post inchoatam autem petitionem, etiam illorum fructuum ratio habetur qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.

faute négligé de percevoir, on en tient à peu près le même compte dans l'une et l'autre action, si le possesseur a été de mauvaise foi. Si au contraire il a été de bonne foi, on ne tient compte ni des fruits consommés ni de ceux qui n'ont point été perçus. Mais à partir de l'engagement du litige, on tient compte même des fruits que par sa faute le possesseur n'a point perçus et de ceux qu'il a perçus et consommés.

804. La *rei vindicatio* est le type de l'action réelle ; je veux dire qu'à côté de quelques règles spéciales elle en a un plus grand nombre qui lui sont communes avec toutes ou presque toutes les autres actions réelles. C'est sur cette seconde catégorie de règles que j'insisterai le plus longuement. Les explications données ici n'auront pas besoin d'être répétées ailleurs.

La formule de cette action nous est indiquée par Cicéron (2a *act. in Verr.*, II, 12). Elle est ainsi conçue : *si paret illum fundum Auli Agerii ex jure Quiritium esse, neque is fundus arbitratu tuo restituatur* (ou *nisi eum fundum Nus Nusrestituat*), *judex, quanti ea res erit, tantam pecuniam Nm Nm Ao Ao condemna; si non paret, absolve*. Cette formule répond d'une manière plus ou moins explicite aux principales questions dont la solution forme la théorie de la *rei vindicatio*.

De l'objet de la REI VINDICATIO. — D'après la formule qui vient d'être donnée, la *rei vindicatio* ne s'applique qu'aux choses qui comportent un droit de propriété quiritaire, par conséquent aux choses corporelles *in commercio* (1), et encore faut-il exclure les fonds provinciaux (nos 206 et s). Du reste, la revendication ne porte pas nécessairement sur des choses particulières (*res singulæ*), elle peut porter aussi

(1) Bien que le fils de famille ne fût pas un véritable objet de propriété, il paraît que le père pouvait le revendiquer *adjecta causa*, c'est-à-dire sans doute en indiquant dans la formule qu'il agissait comme père et non comme maître (L. 1 § 2, *De rei vind.*). Cette revendication intervenait pour la forme dans l'adoption (Gaius, I, § 134). Lorsqu'elle était sérieuse, elle devait avoir sur le *præjudicium de patria potestate* l'avantage d'aboutir à la réparation du dommage causé au père de famille par celui qui avait violé son droit de puissance.

sur une *universitas rerum* (1), c'est-à-dire sur un ensemble de choses corporelles qui forment un tout muni d'un nom spécial, par exemple sur un troupeau (L. 1 § 3, *De rei vind.*, VI, 1) (2). Mais dans tous les cas, l'*intentio* doit indiquer avec la dernière précision l'objet et l'étendue du droit (L. 6, *De rei vind.*).

Des personnes qui peuvent revendiquer. — Deux règles ressortent de la formule : 1° la revendication ne compète qu'à celui qui allègue un droit de propriété quiritaire : on la refuse donc au simple possesseur de bonne foi et même au propriétaire bonitaire. Du reste, peu importe, une fois la propriété quiritaire acquise, qn'elle dérive d'un mode du droit civil ou d'un mode du droit des gens (L. 23 pr., *De rei vind.*) ; 2° par cela même qu'on impose au défendeur de restituer la chose litigieuse, on suppose la revendication exercée par un propriétaire qui ne possède pas (3), et en effet, celui qui possède trouve d'ordinaire une protection suffisante dans les interdits *retinendæ possessionis causa* (4). Du reste les textes lui refusent formellement la *rei vindicatio* (Inst., § 2, *De act.* ; § 4, *De int.*, IV, 15. — L. 1 § 6, *Uti poss.*, XLIII, 17), et cela quand même il aurait actuellement besoin de prouver son droit de propriété (L. 1 § 1, *Fam. erc.*, X, 2) (5).

(1) On oppose l'*universitas rerum* à l'*universitas juris*, telle qu'un pécule ou une hérédité (n° 387, *in fine*). Les choses corporelles comprises dans l'*universitas juris* ne peuvent point faire l'objet d'une revendication collective (L. 56, *De rei vind.*).

(2) La revendication du troupeau n'a pas la même portée que la revendication individuelle des bêtes qui le composent : elle n'implique pas que le demandeur se dise propriétaire de toutes ces bêtes. En effet, le troupeau a son individualité propre, et ce qui le démontre, c'est qu'il reste le même nonobstant les diminutions, augmentations ou renouvellements qu'il peut subir (L. 2 § 3; L. 3 pr., *De rei vind.* — L. 21 § 1, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2).

(3) Toutefois le possesseur qui craint d'avoir quelque jour à défendre à une revendication ne peut-il pas dès à présent exercer un *præjudicium* pour s'assurer la preuve de son droit? Je ne vois pas que la moindre objection puisse être opposée à cette doctrine.

(4) Il faut ici se garder d'une confusion, et éviter de dire que quiconque est muni d'un interdit *retinendæ possessionis causa* ne puisse revendiquer. En effet, les interdits de cette espèce ont quelquefois, la fonction et l'effet des interdits *recuperandæ possessionis causa*. C'est ce qui arrive quand ils sont donnés contre celui qui possède *vi*, *clam* ou *precario*. Dans ces cas, le propriétaire dépossédé peut sans difficulté agir en revendication, et à plus forte raison faut-il décider de même à l'égard de celui qui n'ayant jamais possédé aurait un interdit *adipiscendæ possessionis causa* (L. 24, *De rei vind.* — L. 18 § 1, *De vi*, XLIII, 16).

(5) De cette seconde règle combinée avec la règle *Nemo potest sibi mutare causam possessionis*, il faut conclure que je ne puis pas revendiquer contre celui qui détient ma chose en mon nom, comme dépositaire ou autrement.

805. *Contre qui compète la* REI VINDICATIO. — La formule même de cette action nous avertit assez clairement qu'elle ne se donne en régle générale que contre le possesseur, car lui seul peut restituer (1). Mais comment entendre le possesseur en cette matière? S'agit-il seulement de celui qui, détenant la chose par lui-même ou par autrui, joint à cette détention l'*animus domini?* Ou faut-il étendre le sens du mot et l'appliquer même à des personnes qui détiennent *alieno nominé*, par exemple à un commodataire ou à un locataire, de telle sorte qu'en ces hypothèses la revendication soit admise tant contre le simple détenteur que contre le véritable possesseur? Le premier point de vue fut suivi par Pégasus, le second par Ulpien (L. 9, *De rei vind.*). La doctrine de Pégasus rappelle l'époque où les formes mêmes de la revendication imposaient à chaque partie de se dire propriétaire (n° 742), elle est donc la plus ancienne, et peut-être est-elle aussi la plus strictement logique, car celui qui déclare détenir au nom d'autrui ne contredit pas la prétention du revendiquant. Néanmoins, c'est l'opinion d'Ulpien qui prévalut (2), et cela sans doute parce qu'elle protégeait mieux les droits du propriétaire. En effet, l'on sait presque toujours où est la détention, l'on sait moins facilement où est l'*animus domini*, et s'il fallait qu'avant d'agir le propriétaire fît des recherches à cet égard, l'usucapion l'aurait bien souvent dépouillé avant même qu'il sût contre qui diriger son action. En résumé donc, dans le dernier état du droit classique et jusque dans le droit de Justinien, la revendication compète à la fois contre le véritable possesseur et contre le détenteur qui n'est que son ayant-cause (3). Ainsi quand un père de

(1) Le demandeur doit donc avant tout, soit par une *interrogatio in jure*, soit autrement, s'assurer que l'adversaire qu'il se propose d'attaquer possède (L. 36, *De rei vind.*). Sans cela, en effet, l'action ne peut aboutir qu'à une absolution, à moins, comme nous l'avons vu, que le défendeur ne soit devenu possesseur pendant l'instance (T. II, page 893).

(2) Le texte d'Ulpien ne suffirait pas à autoriser cette conclusion; mais elle ressort avec évidence d'une constitution de Constantin dont je donnerai bientôt l'analyse (pages 975 et 976).

(3) La portée de cette formule doit être précisée et limitée par les deux observations suivantes : 1° ici, de même que lorsqu'il s'agit de déterminer les personnes qui peuvent revendiquer, je ne pense pas qu'il faille réputer possesseur quiconque est simplement investi d'un interdit à l'effet de recouvrer la possession. Il y a donc, à ce double point de vue, une véritable exagération à représenter l'interdit *unde vi* comme l'équivalent de la possession (L. 17 pr., *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2); 2° en donnant la revendication contre quiconque détient et a la faculté physique de restituer, Ulpien ne songe certainement pas aux détenteurs qui sont soumis comme esclaves à la puissance du possesseur (L. 21 § 2, *Ex quib. caus. maj.*, IV, 6).

famille possède par l'intermédiaire de son fils, la poursuite est admise contre l'un ou contre l'autre (L. 36 § 1, *De her. pet.*, V, 3. — L. 18 § 4, *De pec. castr.*, XLIX, 17.)

Ces principes comportent deux ordres d'exceptions :

1° Il y a deux sortes de personnes qui, quoique n'ayant aucune espèce de possession, ne peuvent refuser de défendre à la revendication. C'est d'abord celui qui a perdu la possession par dol, soit qu'il ait détruit, abandonné ou aliéné la chose. Au regard du propriétaire, une telle personne est réputée posséder encore, et de là le brocard *dolus pro possessione est* (L.L. 131, 150, 157 § 1, *De reg. jur.*, L, 17) (1). Cette doctrine dérive du sénatus-consulte Juventien, qui l'appliqua seulement à la *petitio hereditatis;* mais les jurisconsultes la généralisèrent et l'étendirent par analogie à toutes les actions *in rem* (L. 27 § 3, *De rei vind.*) (2). La même rigueur est admise contre celui qui ne possédant pas s'est néanmoins présenté comme possesseur (3). On dit de lui qu'il est allé au-devant du procès (*se obtulit liti*). Si donc il a persisté dans son mensonge jusqu'à la *litis contestatio*, et qu'à ce moment le demandeur ignorât encore la vérité, la revendication aura été valablement exercée (L.L. 25, 26, 27 pr., *De rei vind.*). Les jurisconsultes rattachent cette décision à la *clausula doli* contenue dans la *cautio judicatum solvi* que le défendeur a dû fournir *in jure* (L. 13 § 13; L. 45, *De her: pet.*, V, 3). Au surplus, il est assez difficile de définir le caractère de la revendication donnée dans nos deux hypothèses. En effet, si nous supposons une condamnation prononcée contre celui qui ne possède pas, le possesseur réel n'en reste pas moins efficacement tenu; notre action paraît donc tout d'abord pénale. Mais en sens inverse, le possesseur a-t-il

(1) C'est ainsi que la chose due est réputée subsister encore à l'égard du débiteur, lorsqu'elle a péri par son fait ou après sa mise en demeure (n° 713).

(2) Bien avant le sénatusconsulte Juventien, l'édit prévoyait le cas spécial d'un possesseur qui aurait aliéné *judicii mutandi causa*, c'est-à-dire pour forcer le demandeur à agir contre un autre adversaire, plus puissant peut-être ou domicilié dans une autre province. L'aliénateur était alors tenu d'une action *in factum* qui avait pour objet, non pas la valeur de la chose, mais seulement la réparation du préjudice causé au demandeur par ce changement d'adversaire (L. L. 1, 2, 3 pr. et § 4, *De al. jud. mut.*, IV, 7). Cette action aurait pu disparaître le jour où l'on admit la revendication contre quiconque avait par dol cessé de posséder. Elle subsista néanmoins. Mais le demandeur ne put évidemment pas les cumuler l'une et l'autre (L. 3 § 5, *De al. jud. mut.*).

(3) Cette fraude a pour but ordinaire de faciliter l'achèvement de l'usucapion au véritable possesseur (L. 39, *De dol. mal.*, IV, 3). J'envisagerai bientôt l'hypothèse inverse, celle d'un défendeur qui possède et qui nie sa possession (n° 806).

restitué la chose ou payé la *litis æstimatio :* le propriétaire est réputé indemnisé, et en conséquence celui qui a perdu la possession par dol échappe à toute poursuite ou du moins ne reste tenu que jusqu'à concurrence de l'avantage que le propriétaire aurait eu à agir contre lui plutôt que contre le possesseur (L. 13 § 14; L. 25 § 8, *De her. pet.* — L. 7, *De rei vind.* — L. 95 § 9, *De sol.*, XLVI, 3). Ici donc notre action ne paraît plus pénale. Je doute que les interprètes les plus conciliants réussissent jamais à mettre ces décisions d'accord.

2° En matière immobilière, une constitution de l'empereur Constantin (L. 2, C., *Ubi in rem act.*, III, 19) veut que le détenteur *alieno nomine*, aussitôt qu'il paraît *in judicio*, désigne la personne pour qui il possède (1). L'office du juge, c'est-à-dire du magistrat, consiste alors à fixer un délai pour la comparution du véritable possesseur et à l'en aviser. Nulle difficulté si celui-ci comparaît effectivement ou se fait représenter par un *procurator*. Sinon, l'expiration du délai vaut *litis contestatio*, donc interrompt la *longi temporis præscriptio* et entraîne application immédiate de la procédure que nous avons vue usitée lorsque l'une des parties fait défaut *post litem contestatam* (n° 773). Cette procédure terminée, et par hypothèse l'absence du possesseur durant encore, le juge peut, après un examen sommaire, transférer la possession de la chose au demandeur, mais sans trancher la question de propriété. Toutefois cette mesure a une conséquence importante : c'est de renverser les rôles pour l'avenir et d'obliger l'absent de retour à prouver son droit de propriété. Voilà les décisions de Constantin : reste à en déterminer le but et l'utilité. Or il y a un premier point évident : c'est qu'elles ont pour effet nécessaire de reculer le jour où le demandeur obtiendra justice, et qu'à son égard elles peuvent n'avoir pas d'autre effet. Ce n'est donc pas dans son intérêt qu'elles sont conçues (2). Mais le possesseur et le détenteur y gagnent l'un et l'autre. Pour le possesseur, l'avantage consiste à être mis en mesure de défendre lui-même; car bien qu'il

(1) C'est ce qu'on appelle *nominare* ou *laudare auctorem*. Aulu-Gelle (II, 2, n° 16) et Festus (v° *Laudare*) nous apprennent, en effet, que dans la vieille langue *laudare* était synonyme de *nominare*.

(2) Néanmoins elles peuvent lui être fort utiles. C'est ce qui arrive évidemment lorsque le possesseur ne comparaît pas dans le délai fixé par le juge. Mais alors même que le possesseur comparaît et vient défendre, il peut à raison de sa mauvaise foi être soumis à des restitutions plus considérables que celles qui seraient exigées du simple détenteur, et à ce point de vue encore, la constitution de Constantin profite au demandeur.

ne puisse pas être lié par le jugement rendu contre un tiers, la restitution faite par le détenteur lui enlèverait néanmoins la possession et l'obligerait à prendre le rôle de demandeur. Quant au détenteur, il échappe à l'obligation de défendre, il se met hors de cause. Mais, dira-t-on, ce n'est là qu'un avantage apparent, car celui qui veut se soustraire à la *rei vindicatio* n'a qu'à refuser la *cautio judicatum solvi*. Pour résoudre la difficulté, il suffit de savoir que ce refus donne lieu à l'émission d'un interdit par lequel le demandeur obtient la possession de la chose litigieuse. Bien visiblement donc, le détenteur *alieno nomine* qui se contente de ne pas fournir la *cautio judicatum solvi* fait perdre la possession à celui au nom duquel il détient. Or il y a là un dol ou tout au moins une faute lourde qui engage dans tous les cas sa responsabilité. D'où il résulte qu'avant Constantin, ce détenteur était obligé, ou de répondre à la poursuite du propriétaire, ou de s'exposer à celle du possesseur. Désormais, il échappe à cette alternative. Du reste, Constantin limita son innovation aux matières immobilières, sans doute parce que les matières mobilières sont ordinairement d'une importance moindre et comportent plus de célérité.

806. *Condition de la chose pendant l'instance*. — En subordonnant la condamnation à cette condition *si res non restituatur*, la formule nous indique qu'il n'appartient plus, comme autrefois, au magistrat de déterminer la partie qui possèdera pendant l'instance, mais que l'on conserve l'état de fait existant au jour de la *litis contestatio* et qu'en conséquence le défendeur garde provisoirement la chose. C'est d'ailleurs en vertu de son titre antérieur qu'il la garde ; il reste donc, selon les cas, simple détenteur, possesseur *ad interdicta* ou possesseur *ad usucapionem*, et c'est pourquoi, comme nous l'avons vu (n° 237), l'usucapion commencée *ante litem contestatam* continue *pendente judicio*. Du reste, en retour des avantages que cette possession lui assure, et surtout afin de parer aux dangers qu'elle fait courir à son adversaire, il est tenu de fournir, sous le nom de *stipulatio* ou *cautio judicatum solvi*, une promesse personnelle accompagnée de satisdation. Cette *cautio*, qui présente beaucoup d'analogie avec la *stipulatio pro prœde litis et vindiciarum*, tend surtout à assurer l'exécution des restitutions ou condamnations prononcées par le juge (Gaius, IV, §§ 89 et 91). Elle fera plus loin l'objet d'une analyse détaillée.

De la preuve. — Il résulte de la formule que le demandeur seul

affirme un droit de propriété (1). A lui donc et à lui seul incombe l'obligation de prouver son droit (Inst., § 4, *De interd.*, IV, 15). Et cette preuve ne consiste pas seulement à établir qu'il a acquis la chose en vertu d'un titre régulier, tel qu'une mancipation ou une tradition; il doit de plus justifier que la propriété appartenait à son auteur, par conséquent à l'auteur de son auteur et ainsi de suite (2). La difficulté d'une telle preuve sera simplifiée, je l'ai déjà dit (n° 232), par le moyen tiré de l'usucapion. Quant au défendeur, il lui suffit de détruire les arguments de son adversaire, au fur et à mesure qu'ils se produisent (3). Si on ne lui impose plus, comme au temps des *legis actiones*, de prouver, lui aussi, qu'il est propriétaire, ce n'est pas précisément qu'on le présume tel, car peut-être que lui-même se reconnaît simple détenteur, c'est plutôt parce que cette présomption n'existe pas non plus au profit du demandeur et qu'en conséquence il y a lieu d'appliquer la maxime : *in pari causa melior est causa possidentis*. Cette différence de situation entre les deux parties nous révèle l'extrême importance des interdits possessoires. Quiconque en effet s'assure ainsi le rôle de possesseur, du même coup s'assure qu'il n'aura point à exercer l'action en revendication, mais seulement peut-être à y défendre. Or tel qui échouerait s'il lui fallait prouver son droit, triomphe parce que son adversaire ne peut pas non plus prouver le sien (L. 5 pr., *Si ususfr. pet.*, VII, 6. — L. 3 pr., *De pign. et hyp.*, XX, 1).

Le demandeur est-il également tenu d'établir la possession de son adversaire? Et d'abord constatons bien que cette question se rapporte seulement au jour de la *litis contestatio*. En effet, une fois établi que

(1) Les Institutes présentent le possesseur comme affirmant, lui aussi, sa qualité de propriétaire (§ 1 *in fine*, *De act.*), et pourtant, sans aucun doute, tel n'est pas le droit de Justinien. C'est donc probablement qu'il a copié sa phrase dans quelque jurisconsulte fort ancien, peut-être dans un de ceux qui n'autorisaient la revendication que contre le possesseur *animo domini*.

(2) On a prétendu, sans motifs sérieux et sans textes, qu'en prouvant simplement son titre d'acquisition le demandeur fait présumer la propriété de son auteur, et que c'est alors au défendeur à faire tomber cette présomption. Mais cette doctrine se réfute par la conséquence même où elle aboutit. Supposons, en effet, les deux parties munies d'un titre, à ce point de vue leur condition est égale. Voilà néanmoins le défendeur condamné à un échec certain, s'il n'est pas en mesure de démontrer que le titre de son adversaire émane d'un *non dominus*. Et cependant il possède ! La possession serait-elle donc un désavantage, et vaudrait-il mieux demander que défendre ?

(3) C'est tout ce que signifie la loi 16, au Code, *de probationibus* (IV, 19). En disant que pour faire tomber l'*intentio* du demandeur, le défendeur doit établir de quelle manière il a lui-même acquis la propriété, elle suppose la preuve de l'*intentio* déjà fournie.

le défendeur avait la possession à ce jour, s'il prétend l'avoir perdue depuis, c'est à lui, puisqu'il a promis de restituer, de prouver que cette perte est bien arrivée et qu'elle ne lui est point imputable (L. 17, *De exc. rei jud.*, XLII, 2). Ceci posé, je distingue quatre hypothèses : 1° le défendeur a mensongèrement affirmé qu'il possédait ; 2° il possédait en effet et l'a reconnu. Dans ces deux premières hypothèses, le demandeur arrive devant le juge avec une preuve toute faite ; 3° le défendeur a nié sa possession. Sans nul doute, c'est alors au demandeur de la prouver ; et l'on a soutenu que, s'il y réussit, sa demande triomphe par cela même, et sans qu'il ait besoin de démontrer aussi son droit de propriété. Il y aurait là une peine pour le mensonge qui consiste à nier la possession, comme il y en a une pour le mensonge inverse. Mais cette doctrine ne s'appuie que sur un texte dont le sens est incertain et fort controversé (L. 80, *De rei vind.*) ; 4° enfin le défendeur n'a rien affirmé ni rien nié ; car on conçoit fort bien que lui-même ne sache pas s'il possède, par exemple lorsque la chose revendiquée est présentée comme faisant partie du pécule de son fils ou de son esclave. Ici sans aucune difficulté le demandeur doit prouver tout ensemble et sa propriété et la possession de son adversaire.

807. *De l'office du juge, ou des résultats de la* REI VINDICATIO. — Lorsque l'*intentio* n'est pas prouvée, ou, ce qui revient au même, qu'elle est paralysée par une exception, tout l'office du juge consiste dans les actions réelles, comme dans les personnelles, à absoudre le défendeur. Supposons, au contraire, que l'exactitude de l'*intentio* soit démontrée et qu'aucune exception n'ait été proposée ou justifiée. Aux termes mêmes de la formule, le défendeur ne doit être condamné qu'autant qu'il ne restitue pas. Ici donc, comme dans toutes les actions arbitraires, le juge, au lieu de prononcer immédiatement une condamnation, rend, sous le nom de *pronuntiatio* (1), un premier jugement où il se borne à constater le droit du demandeur. Ce jugement est accompagné d'un *arbitrium* et d'un *jussum* (2). L'*arbitrium* est

(1) La signification de ce mot nous serait, au besoin, révélée par quelques textes du Digeste (L. 40 § 2, *De proc.*, III, 3. — L. 3 § 3, *De reb. eor.*, XXVII, 9. — L. 6 § 2, *De conf.*, XLII, 2). Mais elle nous est très clairement expliquée par Stéphane, contemporain de Justinien et auteur d'une paraphrase du Digeste (Scolies 58 et 59, sur les Basiliques, XV, 1). On peut conjecturer que l'on prenait aussi le mot *declaratio* dans le même sens (L. 35 § 1, *De rei vind.*). Cette *pronuntiatio* ou *declaratio* pouvait donner lieu à un appel (L. 15 § 6, *Qui. sat. cog.*, II, 8), et elle acquérait autorité de chose jugée de la même manière que tout autre jugement.

(2) Les textes confondent fort souvent le sens de ces deux mots (L. 35 § 1, *De rei vind.*).

l'acte par lequel le juge fixe la restitution que le défendeur devra faire pour éviter une condamnation. Le *jussum* est l'ordre même de restituer.

Étudions d'abord l'*arbitrium judicis*, c'est-à-dire l'objet et l'étendue des restitutions que le demandeur peut exiger. Elles comprennent la chose revendiquée et la *causa*.

En ce qui concerne la chose elle-même, il faut distinguer si elle appartient encore au demandeur ou s'il en a perdu la propriété par une usucapion accomplie *pendente judicio*. Dans les deux cas, la restitution consiste d'abord en une remise matérielle ; dans le second cas, elle implique de plus un transport de propriété, par conséquent, si la chose est *res mancipi*, une mancipation ou une *in jure cessio* (L. 35, *De verb. sign.*, L, 16). En outre, le défendeur doit toujours promettre la réparation de son dol et de sa faute (*cavere de dolo et culpa*), car l'on peut craindre que la chose n'ait subi entre ses mains des altérations qui ne se révèleront qu'après qu'il aura été absous, et s'il l'a usucapée, on peut craindre aussi qu'il ne l'ait grevée de droits réels ou soustraite au *commerce* (L. L. 18 et 45, *De rei vind.*) (1).

Quant à la *causa*, je ferai d'abord observer que la restitution ne pourra pas toujours se faire en nature : elle consistera alors en une somme d'argent. La question essentielle est de déterminer les éléments constitutifs de la *causa*. Or, à cet égard, nous trouvons dans les textes deux principes généraux : 1° le demandeur qui triomphe doit, dans tous les cas, avoir même situation et mêmes avantages que s'il eût obtenu satisfaction dès l'instant de la *litis contestatio* (L. 20, *De rei vind.* — L. 35, *De verb. sign.*). Sous une autre forme, cela revient à dire qu'une fois l'instance engagée, le défendeur est tenu d'une véritable obligation personnelle qui lui impose de se comporter en bon père de famille (L. 36 § 1, *De rei vind.*). Ce premier principe s'applique à toute espèce de possesseurs sans distinguer s'ils ont été originairement de bonne ou de mauvaise foi (2). Il détermine donc le mi-

(1) Cette *cautio*, comme le prouve le dernier texte cité, avait un effet plus large à l'égard du possesseur de mauvaise foi qu'à l'égard du possesseur de bonne foi. En effet, le premier seul répondait de ses fautes antérieures à la *litis contestatio*. Du reste ce même texte donne lieu à une difficulté quand il suppose que le possesseur de bonne foi a pu commettre un dol avant la *litis contestatio* (T. II, page 981, note 2).

(2) En ce sens il est vrai de dire qu'à partir de la *litis contestatio* les possesseurs sont tous de mauvaise foi et tous de condition égale (L. 25 § 1, *De her. pet.*). Mais

nimum des restitutions que le demandeur a le droit d'attendre ; 2° le possesseur de mauvaise foi est responsable de son *dolus præteritus ;* en d'autres termes, c'est du jour même où sa possession a commencé qu'on le répute tenu d'une obligation personnelle (1). Ce principe fut d'abord appliqué à la *petitio hereditatis* par le sénatus-consulte Juventien, et la jurisprudence l'étendit aux autres actions réelles (L. 27 § 3, *De rei vind.*).

De notre premier principe, il résulte que pour l'époque intermédiaire entre la *litis contestatio* et le jugement, la restitution comprend toujours ce qui suit : 1° les fruits, non seulement ceux que le défendeur a réellement perçus, mais encore ceux que par sa faute il a négligé de percevoir (§ 2 *sup.*) (2). Il paraît même que, dans le droit classique et jusqu'à Justinien peut-être, ces fruits devaient être restitués au double (Paul, I, 13b § 8 ; V, 9 § 2) (3) ; 2° les produits naturels qui n'ont pas le caractère de fruits, tels que le *partus ancillæ* (L. 20, *De rei vind.*) ; 3° les acquisitions ou avantages qui se rattachent à la chose sans en être des produits, par exemple les legs et hérédités recueillis par l'intermédiaire d'un esclave, ou, s'il s'agit d'une maison, les bénéfices que l'usage en a procurés (L. L. 20 et 64, *De rei vind.*) ; 4° tous les bénéfices que le possesseur est en faute de n'avoir pas réalisés, par exemple les revenus qu'il aurait pu tirer d'un navire en le frétant ou en l'employant à des transports (L. 62 pr., *De rei vind.*) ; 5° enfin l'indemnité des pertes et des détério-

ces formules ne sont pas d'une exactitude absolue à tous les points de vue. Ainsi quand il s'agit des risques, l'on continue, même après la *litis contestatio*, de distinguer deux sortes de possesseurs, ceux qui croient à la justice de leur cause et ceux qui n'y croient pas (L. 40 pr., *De her. pet.*).

(1) Il faut faire ici deux observations : 1° cette obligation, même avant la *litis contestatio*, comprend en général les fautes et non pas seulement le dol. Le langage des textes est donc un peu étroit ; 2° la *rei vindicatio* ne se donne pas contre celui qui a perdu la possession sans dol. Faut-il conclure de là que le possesseur de mauvaise foi ne réponde pas de la plus dommageable de ses fautes, de celle qui lui ôte la possession ? Je serais très enclin à penser qu'en pareil cas il était tenu d'une action *in factum* subsidiaire de l'action *de dolo*.

(2) Des interprètes ont savamment discuté cette question : faut-il, pour estimer les fruits non perçus, s'attacher à ce que le défendeur aurait pu faire ou bien à ce qu'aurait fait le demandeur lui-même ? Je tiens la question pour mal posée, et me range à l'avis de ceux qui, ramenant tout à une question de faute, croient qu'il faut examiner simplement quelle aurait été la conduite d'un bon père de famille (Paul, I, 13 § 9). C'est bien le point de vue de Justinien, puisqu'il parle de la *culpa possessoris* (§ 2 *sup.*).

(3) On peut conjecturer, par les débris d'un texte de Festus (v° *Vindiciæ*), que cette sévérité remonte à la loi des Douze Tables.

rations qui sont arrivées par son fait ou sa faute (L. 13, *De rei vind.*) (1).

D'aprés notre second principe, ces diverses restitutions sont imposées au *prædo*, c'est-à-dire à celui dont la possession a toujours été de mauvaise foi, du jour même de son entrée en possession. C'est ce que les Institutes (§ 2 *sup.*) décident spécialement à l'égard des fruits qu'il a perçus ou négligé de percevoir. Seulement, pour les fruits antérieurs à la *litis contestatio*, la restitution se fit longtemps au simple : le doublement ne fut admis ici que sous le Bas-Empire, par une constitution des empereurs Valentinien et Valens (L. 1, C. Th., *De fruct. et lit. exp.*, IV, 19. — *Lex Rom. Burg.*, tit. VIII).

Reste à faire deux observations essentielles, et elles montreront combien il est difficile d'enfermer dans des formules précises les résultats si complexes de la revendication : 1° le possesseur de bonne foi lui-même, peut avoir à faire des restitutions qui se rapportent à une époque antérieure à la *litis contestatio*. Elles comprennent notamment les simples produits qu'il n'a pas encore usucapés (T. I, page 596, note 4), et, lorsqu'il s'agit d'un esclave, les acquisitions que celui-ci a pu faire en dehors de ses *operæ* et de la *res possessoris* (n° 299) ; 2° entre le possesseur qui a toujours été de mauvaise foi et celui qui est resté de bonne foi jusqu'à la *litis contestatio*, il y en a un dont les textes ne s'occupent guère : c'est celui qui a d'abord possédé de bonne foi et qui a perdu cette bonne foi antérieurement à la *litis contestatio*. Nous savons déjà que, du jour même où il sait n'être pas propriétaire, il cesse de faire les fruits siens et ne bénéficie plus des acquisitions qui proviennent *ex operis servi* (T. I, page 596, note 6. — N° 299). Mais cela veut-il dire qu'il faille absolument l'assimiler à un *prædo?* Cette assimilation serait dure et déraisonnable, car l'on ne peut exiger de lui qu'il restitue spontanément la chose au propriétaire qui n'agit pas. Aussi regardé-je comme fort probable qu'on ne le soumettait pas à la responsabilité de ses simples négligences (2).

(1) Selon la remarque de ce texte, les détériorations qui peuvent donner lieu à l'action *legis Aquiliæ* n'entrent ici dans l'appréciation du juge qu'autant que le demandeur consent à faire remise de cette action. Or, à cause des résultats particulièrement avantageux qu'elle procure quelquefois, il peut avoir intérêt à la conserver.

(2) Cette explication peut servir à résoudre la difficulté précédemment signalée à propos de la loi 45, *De rei vindicatione* (T. II, page 979, note 1). Ce texte signifierait précisément que la cessation de la bonne foi rend désormais le posssesseur responsable de son dol, mais non pas de sa faute.

Les règles que je viens d'exposer se retrouvent dans le droit de Justinien, sauf deux modifications : 1° on sait que désormais le possesseur restitue toujours les fruits, même perçus de bonne foi, qu'il n'a pas encore consommés (n° 250); 2° la restitution des fruits, tant antérieurs que postérieurs à la *litis contestatio*, ne se fait jamais qu'au simple. C'est ce qui résulte du silence des Institutes à cet égard (§ 2 *sup.*), et, plus clairement encore, des suppressions que la constitution des empereurs Valentinien et Valens a subies en passant dans le code Justinien (L. 2, C., *De fruct. et lit. exp.*, VII, 51) (1).

808. Passons à l'étude du *jussum judicis*, ou plutôt de ses conséquences.

L'exécution immédiate et complète de cet ordre emporte absolution. Que si le défendeur, faute d'argent sans doute, restitue seulement la chose principale, et avec elle ceux des accessoires qui existent en nature, la condamnation se restreint aux prestations pécuniaires comprises dans l'*arbitrium*. Mais il est possible que la chose elle-même ne puisse être restituée immédiatement. Par exemple, le défendeur allègue qu'elle se trouve en un lieu éloigné ou entre les mains d'une personne absente. Si cette allégation paraît exacte, il peut obtenir son absolution en promettant de restituer dans un délai fixé par le juge. Mais cette promesse doit être garantie par une satisdation, et le plus souvent elle est accompagnée d'une *stipulatio pœnæ* (§ 2 *sup.* — L. 27 § 4, *De rei vind.* — L. 16 § 3, *De pign. et hyp.*, XX, 1. — L. 4 § 7, *De dol. mal. et met. except.*, XLIV, 4).

Le défaut de restitution de la chose peut tenir à des causes diverses et n'a pas toujours mêmes conséquences. Je distinguerai quatre hypothèses :

(1) Les restitutions dues par le défendeur à la *rei vindicatio* peuvent être diminuées, dans une mesure plus ou moins large, par celles que lui-même a le droit d'exiger à raison de ses dépenses. A cet égard, les principes généraux du droit romains se résument comme il suit : 1° tout possesseur a droit au remboursement intégral de ses dépenses nécessaires (L. 27 § 5 ; L. 65 pr., *De rei vind.* — L. 4, *De op. serv.*, VII, 7. — L. 5, C., *De rei vind.*, III, 32) ; 2° quant aux dépenses utiles, le possesseur qui les a faites, sachant que le fonds ne lui appartenait pas, ne peut jamais en exiger le remboursement ; tout au plus lui accorde-t-on, dans le dernier état de la jurisprudence classique, le droit d'enlever ses travaux (L. 1, C. Greg., *De rei vind.*, III, 2. — N°s 257 et 258). Tout au contraire, le possesseur de bonne foi recouvre ou le montant même de ses dépenses ou seulement la plus-value qu'elles ont produite. Du reste le juge est libre de déroger à ce principe pour des raisons d'équité, et dans tous les cas les sommes dues pour dépenses utiles se compensent d'abord avec la valeur des fruits que le possesseur a faits siens (LL. 37, 38, 48 et 65 pr., *De rei vind.*) ; 3° les dépenses voluptuaires ne sont jamais prises en con-

1° Le défendeur qui possède refuse d'obéir à l'ordre du juge. — Dans le droit de Justinien il est certain que cet ordre peut être exécuté par la force, du moins en ce qui concerne la chose elle-même et les accessoires qui existent en nature. Mais on se demande si telle était déjà la doctrine du droit classique, ou si le propriétaire était alors obligé de se contenter d'une condamnation pécuniaire. Cette question, très vivement controversée entre les interprètes, sera traitée d'une manière générale à propos des actions arbitraires (n° 867). Pour le moment, il me suffit de constater que cette résistance (*contumacia*) du défendeur, soit qu'elle ne puisse, comme le veut un premier système, être vaincue par la force, soit que le demandeur renonce, comme le système opposé lui en reconnaît le droit, à poursuivre l'exécution forcée, est toujours réprimée dans les actions réelles avec une extrême sévérité. En effet, c'est le demandeur lui-même qui fixe le montant de la condamnation. Il est vrai que préalablement on exige de lui un *juramentum in litem*, c'est-à-dire un serment par lequel il s'engage à ne pas excéder le *quod interest*. Mais qu'importe cette précaution? Soit défaut de scrupule, soit illusion bien naturelle sur la valeur de sa chose, il demandera souvent une condamnation exagérée (L. 73, *De fid.*, XLVI, 1), et, après tout, le défendeur, s'il est lésé, ne devra accuser que lui-même. Deux questions se posent ici : 1° le demandeur, dans cette appréciation, ne relève-t-il que de sa conscience? ou bien le juge peut-il lui imposer l'observation d'un *maximum* ou *taxatio?* Les textes relatifs, soit à la revendication, soit aux autres actions réelles, ne s'expliquent pas ici d'une manière tout à fait catégorique. Ils se contentent de dire que le défendeur est condamné *magno* (L. 73, *De fid.*, XLVI, 1) ou plus précisément *quanti actor in litem juraverit* (L. 46, *De rei vind.* — L. 7, *Si serv. vind.*, VIII, 5. — L. 9 § 1, *De furt.*, XLVII, 2). Mais ce langage même exclut toute restriction, et ce

sidération; 4° enfin, alors même que le possesseur a le droit de se faire restituer ses dépenses, il n'entre pas directement dans l'office du juge d'en tenir compte; mais il faut pour cela qu'une exception de dol soit insérée dans la formule, et l'effet de cette exception sera ou d'amener une réduction de la condamnation ou d'autoriser le défendeur à retenir la chose jusqu'au remboursement. C'est ce qui résulte des textes précités. — Au surplus tout ce que je viens de dire se réfère aux dépenses faites pour la chose elle-même. Quant à celles qui ont eu pour objet la production, la récolte et la conservation des fruits, elles s'imputent sur les fruits eux-mêmes et les diminuent : la restitution en est donc due aux possesseurs de mauvaise foi et non aux possesseurs de bonne foi (L. 36 § 5, *De her. pet.* — L. 46, *De usur.*, XXII, 1).

qui est encore plus décisif en ce sens, ce qui prouve que le demandeur est entièrement libre dans son appréciation, c'est que cette pleine liberté, comme nous l'allons bientôt voir, lui est expressément reconnue dans un autre cas où elle est beaucoup plus dure pour le défendeur, je parle du cas où celui-ci a cessé par dol de posséder. A coup sûr, en effet, celui qui retient indûment la possession et qui refuse une restitution possible mérite au moins autant de sévérité que celui qui a frauduleusement rendu la restitution impossible et qui peut-être aujourd'hui le regrette. Aussi les textes paraissent confondre ces deux situations, et quel que soit le dol du possesseur, le frapper d'une peine uniforme (L. 25 § 10, *De her. pet.* — L.L. 1 et 2, *De in. lit. jur.*, XII, 3. — L. 1, *Quand. ex fact. tut.*, XXVI, 9) (1); 2° le défendeur a-t-il le droit d'exiger de son adversaire la cession des actions que celui-ci peut avoir relativement à la chose litigieuse, par exemple, si elle a été dégradée par le fait d'un tiers, l'action *legis Aquiliæ?* Cette cession, nous l'allons voir bientôt, n'est point accordée au défendeur qui, par dol, a rendu la restitution impossible. Or, comment se montrer moins sévère à l'égard de celui qui refuse une restitution facile à faire? Je réponds donc négativement; 3° une fois la condamnation prononcée, quelle est la situation du possesseur relativement à la chose litigieuse? D'après Paul, il est réputé l'avoir acquise en vertu d'une transaction (L. 46, *De rei vind.*); d'autres le comparent à un acheteur (L. 22, *Rer. amot.*, XV, 2. — L. L. 1 et 3, *Pro empt.*, XLI, 4). Ces formules signifient que la chose devient immédiatement sa propriété, si elle appartenait au demandeur et qu'elle ne soit pas *res mancipi*, et que l'une de ces conditions manquant, il a désormais un titre qui lui permet d'usucaper (L. 84, *De furt.*, XLVII, 5) (2). Du reste, en règle générale aucune garantie ne lui est due (L. 35 § 2, *De rei vind.*).

2° Le défendeur a perdu la possession par son dol. — Que cette perte soit antérieure ou postérieure à la *litis contestatio*, elle en-

(1) A l'appui de cette doctrine que d'autres textes confirment implicitement (L. 36 pr., *De don. int. vir.*, XXIV, 1), et qui d'ailleurs paraît acceptée par tous les interprètes, on remarquera que dans les cas où le *juramentum in litem* comporte une *taxatio*, le juge est libre de faire lui-même l'estimation du litige ou de réduire celle que le demandeur a faite (L. 4 §§ 2 et 3; L. 5 §§ 1 et 2, *De in lit. jur.*). Or dans les actions réelles cette double faculté ne lui appartient certainement pas (L. 46, *De rei vind.* — L. 2 pr. et § 1, *De in. lit. jur.*).

(2) Bien évidemment donc, si plus tard la possession vient à lui échapper et à passer aux mains du demandeur, celui-ci sera tenu ou de la *rei vindicatio* ou de l'action Publicienne.

traîne pour lui deux conséquences rigoureuses que j'ai déjà signalées sur la précédente hypothèse : 1° c'est le demandeur lui-même qui, après serment et sans aucune *taxatio*, estime la condamnation (L. 68, *De rei vind.*)(1) ; 2° le défendeur ne peut exiger aucune cession d'actions (L. 69, *De rei vind.*). Et cela évidemment signifie que le demandeur conserve le droit d'user des actions qu'il ne cède pas. C'est donc à lui, à lui seul, qu'appartient le droit de revendiquer sa chose contre le possesseur actuel. Cette doctrine, nous l'avons vu (n° 804), est formellement écrite dans les textes pour le cas où c'est avant la *litis contestatio* que le défendeur a perdu la possession, et l'on ne voit pas pourquoi on le traiterait avec plus d'indulgence lorsque cette perte n'a eu lieu que *pendente judicio*.

3° Le défendeur a perdu la possession par sa faute, et cela, par hypothèse, depuis la *litis contestatio*. — Dans cette espèce, c'est le juge lui-même qui estime la condamnation (L. 68, *De rei vind.*), et le défendeur peut, s'il n'a pas encore usucapé la chose, se faire céder les actions du demandeur. Du reste, cette cession eût-elle été omise, le préteur la tiendrait pour sous-entendue et accorderait au défendeur condamné une revendication utile contre le possesseur actuel (L. L. 21 et 63, *De rei vind.*).

4° Le défendeur a cessé de posséder sans dol ni faute, et cela, par hypothèse encore, depuis la *litis contestatio*. — Ici la condamnation est toujours possible à raison des accessoires de la chose. Mais doit-elle comprendre aussi la valeur de la chose elle-même? C'est sur quoi les jurisconsultes discutèrent. Dans l'opinion qui paraît avoir prévalu, on distingue entre le possesseur qui connaissait la légitimité de la demande et celui qui croyait avoir le droit de son côté. Le premier est comparable à un débiteur en demeure; les risques sont donc à sa charge, et en règle générale il encourt une condamnation qui comprend la valeur de la chose et des accessoires, telle que la fixe le juge lui-même (L. 40 pr., *De her. pet.* — L. 15 § 3, *De rei vind.*). Le second, au contraire, en refusant d'acquiescer à une demande qu'il ne croyait pas fondée, a fait ce qu'aurait fait tout bon père de famille. Il sera donc absous (L. 17, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2),

(1) Plusieurs textes disent simplement que le défendeur est condamné *quanti in litem actor juraverit* (L. 20 § 21, *De her. pet.* — L. 16 § 3, *De pign. et hyp.* — L. 41 § 1, *De re jud.*, XLII, 1). Il y a bien là une raison pour croire que ces mêmes expressions employées à propos du possesseur qui refuse de restituer n'ont pas moins de portée.

ou du moins la condamnation se restreindra à la valeur des accessoires, s'il y en a (1). Toutefois, pour être ainsi libéré relativement à la chose, le possesseur est tenu de prendre un engagement qui varie selon les cas. N'a-t-il point usucapé la chose : il promet simplement de la restituer, si jamais elle rentre en ses mains. L'a-t-il usucapée : il doit ou céder ses actions ou s'engager à faire toutes les diligences nécessaires pour recouvrer lui-même la chose et la rendre, et, s'il ne les fait pas, à en payer le prix (L. 21, *De rei vind.*). Cette alternative entre l'obligation de céder ses actions et celle de fournir la *cautio de persequenda re* est très expressément constatée par l'interprète grec Stéphane (scol. 83, sur les Basiliques, XV, 1). C'est cette *cautio* que les Institutes, se référant spécialement à l'hypothèse d'un esclave revendiqué, appellent *cautio de persequendo servo restituendove pretio* (§ 1, *De div. stip.*, III, 18) (2).

III. — DES ACTIONS *confessoria* ET *negatoria*.

Lib. IV, tit. VI, *De actionibus*, § 2. — Æque si agat jus sibi esse fundo forte vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi, agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum, veluti si agat jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi in

Pareillement, si quelqu'un prétend avoir soit le droit d'user et de jouir d'un fonds ou d'une maison, soit le droit de passer et de conduire sur le fonds du voisin, ou d'y prendre une conduite d'eau, l'action est réelle. Une action du même genre est donnée relativement aux servitudes urbaines, par exemple si quelqu'un prétend avoir le droit de construire plus haut, le droit de vue ou de

(1) Dans les cas mêmes où il n'y a pas de *causa* pour motiver une condamnation, l'absolution est néanmoins précédée d'une *pronuntiatio*. Car il peut être nécessaire de constater l'exactitude de la demande, pour assurer le recours du défendeur contre son auteur. C'est ce que prouvent deux textes déjà cités (T. II, page 461, note 2). Pour le même motif, l'instance engagée sur la *causa liberalis* continue nonobstant la mort de celui dont la liberté était en question (L. 2, C., *De ass. toll.*, VII, 17).

(2) Ma façon d'entendre cette *cautio* n'est pas admise par tous les interprètes. La dissidence porte sur son objet d'abord, puis sur l'hypothèse même où elle s'applique : 1° selon moi, le défendeur ne promet le prix de la chose que pour le cas où il aurait négligé de la poursuivre, et c'est pourquoi au Digeste cette promesse est simplement appelée *cautio de persequenda re* (L. 21, *De rei vind.*). Dans l'opinion contraire, le défendeur s'engagerait de plus à raison même de l'insuccès de ses diligences : il devrait donc absolument ou restituer la chose ou en payer

vicini ædes. Contra quo que, de usufructu et de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum, invicem quoque proditæ sunt actiones, ut si quis intendat jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi, item altius tollendi, prospiciendi, projiciendi, immittendi ; istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est, nam in his agit qui non possidet ; ei vero qui possidet, non est actio prodita per quam neget rem actoris esse (1). Sane uno casu, qui possidet nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit (2).

saillie, ou celui d'appuyer des ouvrages sur la maison voisine. Relativement au droit d'usufruit et aux servitudes tant rurales qu'urbaines, il y a aussi des actions en sens inverse, par exemple si quelqu'un dénie à son adversaire le droit d'user et de jouir, de passer et de conduire, d'amener de l'eau, d'élever sa maison, ou le droit de vue, de saillie ou d'appui. Ce sont là aussi des actions réelles, mais négatives. Ce genre d'actions n'est point admis dans les contestations relatives aux choses corporelles ; là, en effet, celui qui ne possède pas agit, mais celui qui possède n'a pas d'action pour nier que la chose appartienne au demandeur. Cependant il y a un cas où le pos-

la valeur, et je conviens que cette explication est conforme à la paraphrase de Théophile (sur le § 1, *De div. rer.*) ; 2° ainsi entendue, notre *cautio* ne se conçoit plus dans l'hypothèse où le défendeur a perdu la possession sans avoir rien à se reprocher, car elle lui ôterait les avantages que l'absolution doit lui procurer. De là un système qui ne la tient pour due qu'autant que le défendeur a cessé de posséder par sa faute, de sorte que l'on aboutit ici à une distinction bien bizarre entre celui qui n'a point usucapé et celui qui a usucapé. Le premier serait immédiatement condamné ; le second serait absous, mais le bénéfice de cette absolution se résoudrait en un délai pour trouver la chose et la restituer, sinon en payer le prix. Ce système se heurte à deux objections décisives : d'abord il distingue où les textes ne distinguent pas, tous décidant simplement que le défendeur qui par sa faute s'est mis dans l'impossibilité de restituer doit être condamné. Puis, comment comprendre l'alternative si clairement posée par Stéphane ? car il n'est point admissible qu'un tel défendeur se tire d'affaire en cédant des actions que le demandeur n'est jamais sûr de pouvoir exercer et surtout exercer avec succès.

(1) La phrase de Justinien est bien bizarre, car comment le possesseur songerait-il à intenter une action pour nier le droit du *demandeur ?* Il lui suffit bien de le nier en se défendant. Au fond, Justinien veut simplement dire que celui qui possède n'a pas d'action contre celui qui ne possède pas, celui-ci devant ou sacrifier son droit ou prendre le rôle de demandeur.

(2) Sur cette dernière phrase il y a deux difficultés : 1° Justinien entend-il qu'il y a un cas où l'action réelle est intentée par le possesseur, ou veut-il dire seulement qu'il y a un cas où le possesseur, quoique défendeur, doit prouver son droit de propriété ? Car l'expression *petitoris partes obtinere* signifie très souvent *avoir la preuve à sa charge* (L. 62, *De jud.*, V, 1. — L. 15, *De op. nov. nunt.*, XXXIX, 1) ; 2° quel est ce cas unique ? — Évidemment, pour résoudre la première question, il faut avoir résolu la seconde. Mais celle-ci est une véritable énigme sur

sesseur joue néanmoins le rôle de demandeur, comme on le verra plus à propos dans les développements donnés au Digeste.

809. Dans les deux actions que nous abordons, c'est toujours l'existence d'une servitude ou personnelle ou prédiale qui est en question. Si je prétends avoir telle servitude sur votre chose, l'action s'appelle *confessoria*. Elle est au contraire *negatoria* ou *negativa*, si je vous conteste une servitude sur ma propre chose (L. 2 pr., *Si serv. vind.*, VIII, 5). Ainsi, dans la première j'affirme mon droit, dans la seconde je nie le vôtre, et de là les dénominations *confessoria* et *negatoria* (1). Mais ne soyons pas dupes des mots. Au fond, ces actions contiennent toutes les deux une affirmation et une négation; car comment, par exemple, me dirais-je usufruitier de votre fonds sans nier du même coup la plénitude de votre droit de propriété? Et réciproquement, quand je vous conteste le droit d'usufruit ou le droit de passage sur mon fonds, que fais-je autre chose qu'affirmer que ces droits sont restés attachés à mon droit de propriété, et par conséquent m'appartiennent à moi-même (2)? Cette observation comprise, il est aisé de voir pourquoi, selon la remarque des Institutes (§ 2 *sup.*), le droit de propriété ne donne lieu à aucune action négatoire. C'est qu'en effet

laquelle l'interprétation a vainement épuisé tous ses efforts et toutes ses finesses. Je signalerai, à mesure que l'occasion s'en offrira, quelques-unes des explications qui ont été proposées, mais sans y attacher la moindre importance, car la difficulté n'engage aucun principe, et tout se réduit à savoir ce que Justinien a voulu dire (T. II, page 990, notes 1 et 2; page 1015, note 2).

(1) Les formules de ces deux actions ne nous ont point été conservées. Nous pouvons donc nous demander si elles variaient dans leur rédaction selon que la servitude en question était personnelle ou prédiale. Ainsi, lorsqu'il s'agissait d'un usufruit, l'*intentio* était certainement ainsi conçue : *si paret mihi jus esse utendi fruendi tuo fundo*, ou *tibi jus non esse utendi fruendi fundo meo*. Lorsqu'au contraire il s'agissait d'une servitude prédiale, fallait-il exprimer dans l'*intentio* que cette servitude était due au fonds du demandeur ou n'était pas due par son fonds? L'ensemble des textes nous autorise à croire que, même en ce cas, le demandeur présentait la servitude comme lui étant due à lui-même ou n'étant pas due par lui.

(2) Aussi est-il vraisemblable que parfois l'*intentio* de l'action *confessoria* niait le droit du défendeur au lieu d'affirmer celui du demandeur, et qu'en sens inverse l'*intentio* de l'action *negatoria* pouvait affirmer le droit du demandeur au lieu de nier celui du défendeur. Pour le cas spécial d'un débat relatif à une servitude *altius non tollendi* ou *non ædificandi*, cette conjecture est à peu près certaine (L. 4 § 8; L. 9 pr., *Si serv. vind.*, VIII, 5. — L. 15, *De op. nov. nunt.*, XXXIX, 1. — L. 45, *De damn. inf.*, XXXIX, 2.)

une action en justice a pour base nécessaire le droit du demandeur, elle ne saurait s'appuyer ni sur le droit d'un tiers ni sur la simple négation du droit de notre adversaire (L. 5 pr., *Si ususfr. pet.*, VII, 6). Cette règle n'est point méconnue dans l'action *negatoria*, puisque là le droit contesté est forcément à moi, s'il n'est pas à vous. Mais quel serait le sens d'une action où je me bornerais à vous dénier la propriété de tel objet? En prouvant qu'il n'est point vôtre, je ne prouverais pas qu'il fût mien, car il peut fort bien appartenir à un tiers. Mon action ne reposerait donc sur aucun droit qui me fût propre, et elle n'aurait pas de résultat. En effet, entre deux personnes qui se disputent une chose sans justifier, ni l'une ni l'autre, de leur qualité de propriétaires, il n'y a qu'une règle à appliquer, c'est la règle *in pari causa melior est causa possidentis* (Inst., § 4, *De interd.*, IV, 15). Donc de deux choses l'une : ou vous possédez, et alors j'aurais beau prouver que la chose n'est pas vôtre, cela ne m'autoriserait pas à vous l'enlever. Ou au contraire c'est moi qui possède, et ici non-seulement je n'ai pas besoin de fournir une pareille preuve pour vous opposer ma possession, mais cette preuve faite ne me servirait à rien dans le cas où plus tard la possession viendrait à m'échapper (Théophile, sur le § 2 *sup.*).

Je mènerai de front l'étude de nos deux actions, et cela en suivant le même ordre que pour la *rei vindicatio*, et en insistant principalement sur les différences qui les séparent de cette dernière.

810. *De l'objet des actions* CONFESSORIA *et* NEGATORIA. — Il ressort des précédentes définitions que ces actions, quoique s'exerçant dans deux hypothèses tout à fait différentes, portent sur des droits absolument identiques, et que ces droits sont tous ceux et seulement ceux que le droit civil reconnaît propres à entrer dans une constitution de servitude. Les actions *confessoria* et *negatoria* ne sont donc point admises à l'égard des droits qui ne peuvent donner lieu qu'à la création d'une obligation (L. 8 pr., §§ 5 et 6, *Si serv. vind.*) (1). Pareillement, elles doivent être écartées, lorsque le débat porte, non pas sur l'existence d'un droit réel de servitude, mais seulement sur l'existence d'une créance ayant pour objet de la faire établir.

(1) On a vu (n° 202) qu'un copropriétaire peut empêcher ses copropriétaires d'innover sur le fonds commun. Ce *jus prohibendi* s'exerçait par une action dont la formule paraît avoir été conçue comme celle de l'action *confessoria* (L. 11, *Si serv. vind.*). Mais ce ne pouvait être une action *confessoria directa*, car on ne conçoit pas de servitude entre deux parts indivises d'un même fonds. Était-ce donc une *confessoria utilis*, ou était-ce une action spéciale?

A qui compètent les actions CONFESSORIA *et* NEGATORIA. — Pour avoir l'action *confessoria*, il faut ou se prétendre titulaire d'une servitude personnelle sur la chose d'autrui (1), ou alléguer l'existence d'une servitude prédiale sur un fonds dont on n'est pas propriétaire au profit d'un autre fonds dont on se dit propriétaire (2). Quant à l'action *negatoria*, comme elle n'est qu'une revendication partielle de notre droit de propriété, elle ne compète qu'au propriétaire qui présente sa chose comme libre de toute servitude personnelle ou prédiale (L, 2 pr., § 1, *Si serv. vind.*) (3).

Si l'on suivait ici les mêmes principes que dans la *rei vindicatio*, les personnes qui viennent d'être désignées n'auraient les actions *confessoria* et *negatoria* qu'autant que la quasi-possession du droit litigieux leur ferait défaut. Ainsi l'action *confessoria* serait refusée à l'usufruitier qui exerce son droit d'usufruit, et l'action *negatoria* au propriétaire qui exerce sur son fonds le *jus utendi fruendi*. Cependant les textes ne font aucune distinction entre celui qui a la *possessio juris* et celui qui ne l'a pas : à l'un et à l'autre ils accordent nos deux actions (L. 5 § 6, *Si ususfr. pet.* — L. 6 § 1 ; L. 8 § 3, *Si serv. vind.*) (4). Pour comprendre cette dérogation aux règles générales

(1) Il est donc évident que le propriétaire qui prétend avoir, par exemple, le droit d'user et de jouir de sa chose ou le droit de bâtir sur son fonds, ne peut pas faire reconnaître ce droit par l'action *confessoria*, car il serait obligé de prétendre qu'il a une servitude sur sa propre chose. Aussi doit-il recourir à l'action *negatoria* (L. 5 pr., *Si ususfr. pet.*).

(2) L'action *confessoria* ne peut donc pas être exercée, relativement à une servitude prédiale, par quiconque a le droit d'user de cette servitude. C'est ce que prouve très clairement la décision suivante : quand l'usufruitier d'un fonds dominant est troublé dans l'exercice de la servitude, il doit *vindicare usumfructum* et ne peut *vindicare servitutem prædii* (L. 1 pr. ; L. 5 § 1, *Si ususfr. pet.*). Et pourtant, nous l'avons vu (n° 276), l'exercice de la servitude n'est pas seulement un droit pour lui, c'est aussi une obligation.

(3) L'action négatoire compète au propriétaire, alors même qu'il possède sa chose, et, d'après un bon nombre d'interprètes, ce serait là le cas unique où Justinien nous dit que le possesseur joue le rôle de demandeur (§ 2 *sup.*, *in fine*). Cette explication n'est guère admissible, car l'action confessoire relative à une servitude prédiale peut aussi être exercée par le propriétaire qui possède le fonds dominant. Nous aurions donc deux cas au lieu d'un seul. De plus, Justinien paraît se référer à un procès portant non pas sur une servitude, mais sur la chose elle-même (*controversia rerum corporalium*). Enfin, comment comprendre qu'il nous envoyât chercher au Digeste l'espèce même sur laquelle il vient de s'expliquer?

(4) Ici encore l'on a cru trouver le cas unique dont parle Justinien (§ 2 *sup.*, *in fine*). Le possesseur qui peut agir *in rem* serait précisément le *possessor juris*. Mais cette explication est encore moins plausible que la précédente; car elle donne lieu aux mêmes objections, et de plus elle suppose que d'une ligne à

des actions réelles, il faut nous reporter, comme le font la plupart des interprètes, à l'époque où les interdits possessoires ne protégeaient que la possession proprement dite, celle qui correspond à la propriété. Si le *quasi possessor juris* recourait alors à la voie pétitoire, ce n'était que faute de moyens possessoires. Il y a un cas où cette explication est d'une vérité frappante : c'est lorsqu'il s'agit d'une servitude personnelle exercée sur la chose d'autrui ; bien évidemment l'action confessoire était ici la seule ressource du *quasi possessor*. Mais supposez que je fusse en possession d'une servitude prédiale sur votre fonds, ne pouvais-je pas, quand vous veniez me la contester ou en troubler l'exercice, me dire troublé dans la possession de ma chose elle-même, car les servitudes actives ne sont que des qualités du fonds dominant, et par conséquent user de l'interdit *uti possidetis*? Pareillement, et à plus forte raison, si j'exerçais en fait tous les attributs naturellement compris dans la propriété de ma chose, n'étais-je pas fondé à soutenir que votre prétention à une servitude quelconque sur cette chose portait atteinte à ma possession, donc me permettait de recourir, selon les cas, à l'interdit *uti possidetis* ou à l'interdit *utrubi?* De telles questions ne pouvaient être résolues que négativement; car, comme on le verra plus tard, ces interdits supposent le conflit de deux prétentions absolument égales et qui s'excluent l'une l'autre. Or, alléguer que l'on a une servitude sur la chose d'autrui, ce n'est pas prétendre qu'on possède cette chose. La voie pétitoire était donc bien, dans tous les cas, la seule possible au profit du *possessor juris*. Il résulte de cette explication, qu'après l'admission des interdits quasi-possessoires, les actions *confessoria* et *negatoria* auraient pu rentrer dans la règle générale. Mais l'habitude fut plus forte que la logique, et l'on continua de les donner aux *possessores juris ;* seulement il est permis de croire qu'en fait ils en usèrent avec beaucoup de sobriété (1).

l'autre, et sans que rien nous en avertisse, la même expression change de sens. En effet, dans l'avant-dernière phrase du § 2, les mots *qui possidet* désignent certainement celui qui a la possession de la chose, la possession corrélative à la propriété, et dans la phrase finale ils n'auraient plus trait qu'à la *possessio juris!*

(1) Comment se fait-il que dans la pratique les *possessores juris* n'aient pas absolument cessé de recourir à nos deux actions? Car il semble que les interdits possessoires fussent, dans tous les cas, plus commodes et plus avantageux. A mes yeux, ce résultat s'explique, du moins en ce qui concerne les servitudes prédiales, par les effets de la *novi operis nuntiatio*. Voici d'abord le sens de cette expression. Lorsqu'un propriétaire voisin entreprend de faire ou de défaire sur son fonds des travaux adhérents au sol, et que je prétends avoir une servitude qui le

Contre qui compètent les actions CONFESSORIA *et* NEGATORIA. — L'action *confessoria* est donnée contre quiconque nie l'existence ou gêne l'exercice de la servitude prétendue, c'est-à-dire aussi bien contre le possesseur ou le simple détenteur de la chose que contre le propriétaire. A l'exemple de la *rei vindicatio*, elle se donne aussi contre celui qui s'est mensongèrement présenté comme possesseur ou qui a cessé par dol de posséder (L. 5 § 1 ; L. 6, *Si ususfr. pet.* — L. 10 § 1, *Si serv. vind.*). Quant à l'action *negatoria*, elle compète contre toute personne qui prétend avoir ou se comporte comme si elle avait une servitude sur la chose du demandeur. Peu importe, d'ailleurs, qu'une telle servitude existe réellement au profit d'un tiers ; elle peut néanmoins être niée à l'égard de tous autres que le titulaire ou ceux qui ont le droit d'en user (L. 5 pr., *Si ususfr. pet.* — L. 4 § 7, *Si serv. vind.*). Je n'ai pas besoin d'ajouter, car cela résulte de mes précédentes explications, que ni dans l'action *confessoria* ni dans l'action *negatoria* on ne distingue si le défendeur a ou n'a pas la quasi-possession du droit litigieux.

811. *De la condition de la chose pendant l'instance.* — Ce qu'il s'agit de fixer ici, c'est la condition provisoire de la chose considérée, non point en elle-même, mais eu égard à la servitude qui est affirmée par l'un des plaideurs et niée par l'autre. Or la règle est que celui qui a la quasi-possession au jour de la *litis contestatio* la garde pendant toute la durée de l'instance. Donc, par exemple, le procès porte-t-il sur un droit d'usufruit : le quasi-possesseur continue de percevoir les fruits,

lui interdit, ou encore lorsqu'il fait ou défait des travaux du même genre sur mon terrain, et que je lui en conteste le droit sous le prétexte que mon fonds est libre, je puis m'opposer à toute innovation de sa part en lui faisant une signification qu'on appelle *nuntiatio operis novi*. Cette signification produit un double effet : 1° celui qui l'a reçue est immédiatement obligé de surseoir. Sinon, et sans distinguer si le droit est de mon côté ou du sien, j'obtiendrais un interdit spécial pour l'obliger à remettre les choses en l'état où elles étaient au jour de la signification à lui faite. Il ne peut reprendre ses travaux qu'après avoir obtenu du magistrat la remise de la *nuntiatio operis novi* ou à la condition de fournir une satisdation (L. 1 pr., § 9; L. 20 pr., §§ à 9, *De op. nov. nunt.*, XXXIX, 1); 2° par cela même que je fais une *novi operis nuntiatio*, je renonce aux voies possessoires, ce que les textes expriment en disant que mon adversaire devient possesseur (L. 1 § 6; L. 5 § 10, *De op. nov. nunt.*). — Ceci bien compris, supposons que j'aie la quasi-possession : si vous entreprenez des travaux qui annoncent une prétention contraire à la mienne, je puis sans doute user des interdits possessoires, mais alors vos travaux ne seront pas suspendus. Or, il est possible que je préfère perdre le bénéfice des voies possessoires et, en fait, empêcher toute innovation. Dès lors, il faudra bien que, malgré ma *quasi possessio*, j'intente l'une de nos deux actions pour faire juger la question au fond.

sauf à les restituer s'il succombe (L. 5 § 6, *Si ususfr. pet.*). S'agit-t-il d'une servitude prédiale : si elle comporte l'exécution de certains travaux, provisoirement le quasi-possesseur conserve ceux qu'il a déjà faits et peut continuer ceux qui ne sont que commencés (L. 6 § 21 ; L. 8 § 3; L. 9, *Si serv. vind.*).

De la preuve. — Relativement à l'action *confessoria*, il n'y a pas de difficulté. Sachant à qui elle compète, nous savons par cela même que le demandeur est toujours obligé de prouver l'existence de la servitude (L. L. 9 et 10, C., *De serv.*, III, 34), et que dans le cas spécial où la difficulté porte sur une servitude prédiale, il doit préalablement justifier, s'il y a lieu, de son droit de propriété sur le fonds dominant (1). Quant à l'action *negatoria*, sans aucun doute le demandeur doit commencer par établir, si ce point est contesté, que la propriété de la chose prétendue libre lui appartient; mais est-il également tenu de prouver la non-existence de la servitude, ou est-ce au défendeur à en démontrer l'existence? Sur cette question, trois opinions se sont produites parmi les interprètes :

1° C'est dans tous les cas, au défendeur de prouver que la servitude existe. Faute de texte précis, on allègue en faveur de cette opinion le principe général d'aprés lequel la propriété est présumée libre et complète.

2° On distingue si le demandeur a ou n'a pas la quasi-possession du droit litigieux. Au premier cas, il serait seulement tenu de prouver que la chose lui appartient. Au second cas, il devrait prouver en outre que la servitude n'existe pas. Le caractère rationnel de cette distinction n'est guère contestable, car elle est conforme au principe général qui fait préférer le possesseur au non-possesseur. Toute la question est de savoir si elle est romaine. Or les textes où l'on a cru la trouver écrite signifient simplement que l'état de fait antérieur au litige doit être provisoirement maintenu (L. 6 § 1 ; L. 8 § 3, *Si serv. vind.*), et quand on les considère dans leur enchaînement avec les textes qui les précèdent, on s'aperçoit bien vite qu'ils se rapportent plutôt encore à l'action *confessoria* qu'à l'action *negatoria*. Cette observation me conduit à une critique tirée du fond même des choses : si, en effet, la

(1) Supposons que le défendeur possède le fonds dominant et en conteste la propriété au demandeur. Comme l'examen de la question de servitude préjugerait la question de propriété, il écartera provisoirement l'action *confessoria* par l'exception *quod præjudicium prædio non fiat*. Le demandeur sera donc forcé de recourir d'abord à la *rei vindicatio*, et, s'il y triomphe, il pourra reprendre l'action *confessoria* (L. 16, *De except.*, XLIV, 1).

quasi-possession du demandeur avait pour effet, dans l'action *negatoria*, de le dispenser de prouver la non-existence de la servitude, elle devrait logiquement, dans l'action *confessoria*, le dispenser d'en prouver l'existence, et c'est ce qu'aucun interprète ne soutient (1).

3° Le demandeur est toujours tenu de prouver que la servitude n'existe pas (2) ; car c'est une règle générale que celui qui agit doit, dans tous les cas, établir l'exactitude de son *intentio*. Cette doctrine, au surplus, résulte bien clairement d'un texte d'Africain (L. 15, *De op. nov. nunt.*, XXXIX, 1) (3) ; et, si peu rationnelle qu'on la juge, l'histoire de la procédure va nous en fournir une explication assez vraisemblable. Si, en effet, nous remontons à l'époque où les actions réelles s'engageaient *per sacramentum*, c'était la règle invariable que chaque plaideur élevât une prétention identique à la prétention de l'autre et que chacun prouvât son droit. D'où la conséquence que, lorsque c'était une servitude qui était mise en question, il fallait nécessairement que l'un en prouvât l'existence, et l'autre la non-existence. En d'autres termes, les actions *confessoria* et *negatoria* n'étaient point encore distinctes ; elles se trouvaient forcément réunies

(1) Subsidiairement, l'on serait tenté d'ajouter qu'autrefois les servitudes étaient réputées ne comporter aucune espèce de possession, et qu'en conséquence l'idée même de faire dépendre ici la question de preuve de la question de possession n'avait pas pu être conçue. Mais cette observation ne me paraît pas concluante. Car nous avons vu (n° 218) qu'à une époque plus ancienne encore l'on avait reconnu une véritable possession des servitudes, et rien ne prouve que la théorie de l'action *negatoria* ne date pas de cette époque.

(2) Il faut se garder d'alléguer contre cette opinion l'idée fausse qu'on ne prouve pas une négation (T. II, page 905, note 2).

(3) Ce texte est assez important pour que j'en donne l'analyse. Africain prévoit successivement deux hypothèses : 1° vous voulez bâtir sur votre fonds, et j'exerce l'action *confessoria* pour soutenir que vous n'en avez pas le droit ; 2° je veux bâtir sur mon fonds, et j'exerce l'action *negatoria* pour soutenir que j'en ai le droit. — Dans les deux cas, mon adversaire refusant de défendre, c'est-à-dire de fournir la caution *judicatum solvi*, la question est de savoir quelle sera la conséquence de ce refus. Or, au premier cas, il devra, sur l'ordre du juge, c'est-à-dire sans doute du magistrat, promettre de ne pas construire sans avoir préalablement fait reconnaître son droit par l'action *negatoria*. Au second cas, sa promesse contiendra l'engagement de ne recourir ni à la *novi operis nuntiatio* ni à des actes de violence, et de me laisser construire tant qu'il n'aura point exercé avec succès l'action *confessoria*. Il arrivera ainsi, conclut le jurisconsulte, que, les rôles étant renversés, le défendeur deviendra demandeur et devra prouver son droit, ce sera là sa peine. Donc, conclurai-je à mon tour, c'est que le défendeur à l'action négatoire n'a rien du tout à prouver ; conclusion d'autant plus évidente que les dernières lignes du texte s'appliquent aussi bien à l'action *confessoria* qu'à l'action *negatoria* ; or, dans l'action *confessoria*, il est certain que le défendeur n'a jamais rien à prouver.

dans toute action relative à une servitude, de même que dans toute *rei vindicatio* il y avait, en réalité, deux *vindicationes*. Plus tard, il est vrai, l'on sépara ces deux actions (1); mais dans chacune, par un effet de la routine, le demandeur resta soumis, en ce qui concerne la preuve, aux obligations que lui eût imposées la procédure du *sacramentum*. C'est ainsi que toujours il dut, nonobstant sa quasi-possession, prouver son droit, c'est-à-dire, dans l'action *confessoria*, l'existence d'une servitude qu'il exerçait, et dans l'action *negatoria*, la non existence d'une servitude que son adversaire n'exerçait pas, double résultat qu'il serait bien difficile de justifier.

812. *Résultats des actions* confessoria *et* negatoria. — Plaçons-nous en premier lieu dans l'hypothèse où la demande est jugée fondée : en principe, le défendeur est tenu de restituer, sinon le juge le condamne. De la condamnation je n'ai rien à dire, sinon qu'elle s'apprécie d'après les mêmes règles que dans la *rei vindicatio*. Mais il faut voir en quoi consiste la restitution, tant pour la chose que pour la *causa*.

Quant à la chose, une distinction est nécessaire. S'agit-il d'une action *confessoria :* le défendeur devra s'engager (*cavere*), si la servitude est positive, soit à laisser faire les actes et les travaux qu'elle autorise, soit à conserver les ouvrages déjà faits (2), et si elle est négative, à ne point faire ou ne point maintenir sur son fonds les ouvrages qu'elle lui interdit d'avoir (3). S'agit-il d'une action *negatoria :* il s'engagera à ne point entraver l'exercice du droit de propriété de son adversaire, et, s'il y a lieu, à détruire les travaux que lui-même aurait déjà exécutés sur le fonds reconnu libre (L. 5 § 6, *Si ususfr. pet.* — L. 7, *Si serv. vind.*).

(1) N'est-ce pas en souvenir de leur antique réunion que l'action *negatoria* est quelquefois appelée action *contraria* (L. 8 pr., *Si serv. vind.*) ?

(2) Le défendeur s'engage même *ad faciendum*, quand il s'agit d'une servitude *oneris ferendi* (L. 7, *Si serv. vind.* — T. I, page 640).

(3) J'ai raisonné sur les cas les plus ordinaires. En voici deux qui comportent des décisions spéciales : 1° la servitude personnelle ou prédiale que le demandeur réclame s'est éteinte, *pendente judicio*, par le non-usage. Ici la restitution consiste à la constituer de nouveau et à faire une promesse *de evictione* (L. 5 § 5, *Si ususfr. pet.* — L. 8 § 3, *Si serv. vind.*) ; 2° il peut arriver que le demandeur qui revendique une servitude personnelle, par exemple un droit d'usufruit, meure dans le cours de l'instance. Ici la restitution se borne forcément à la *causa* (L. 5 § 4, *Si ususfr. pet.*). Par voie de conséquence, il faut admettre la même décision lorsqu'il s'agit d'une action *negatoria de usufructu* et que c'est le défendeur qui meurt *pendente judicio*.

Quant à la *causa*, il ne peut guère en être question qu'autant que le demandeur n'a pas déjà la quasi-possession du droit litigieux (L. 5 § 6, *Si ususfr. pet.*), et dans ce cas même elle est nécessairement beaucoup moins compréhensive que dans la *rei vindicatio*. Le procès porte-t-il sur un droit d'usufruit : elle se restreint presque toujours aux fruits (L. 5 §§ 3 et 6, *Si ususfr. pet.*) (1). Porte-t-il sur une servitude prédiale, elle a pour objet la réparation du dommage que le demandeur a éprouvé par la privation de l'exercice de son droit (L. 4 § 2, *Si serv. vind.*).

Voyons maintenant ce qui arrive lorsque c'est le défendeur qui triomphe. Ici les principes généraux veulent qu'il soit absous, et cela peut lui suffire s'il a la quasi-possession. Mais, dans le cas contraire, n'est-il pas visible qu'un préjudice plus ou moins considérable a pu lui être causé? Par exemple, son adversaire a perçu des fruits qu'il ne devait pas percevoir ou a fait des ouvrages qu'il ne devait pas faire. Une simple absolution ne réparera pas ce préjudice, et l'on sait que, selon les principes de la procédure formulaire, il est impossible au juge de condamner le demandeur. Comment donc se tirait-on de cette difficulté? Les textes ne nous l'apprennent pas (2).

IV. — DE LA *petitio hereditatis*.

813. Que cette action appartienne à la classe des actions réelles, cela est indiqué par son nom même (*petitio*); cela ressort aussi de ce qu'on l'appelle parfois *vindicatio* (L. 1 § 5, *Si pars her. pet.*, V, 4), enfin il y a des textes tout à fait formels en ce sens (L. 25 § 18, *De her.*

(1) Dans le cas particulier où il s'agit d'un usufruit portant sur un esclave, la *causa* peut comprendre de plus certaines acquisitions faites par cet esclave (L. § 4, *Si ususfr. pet.*).

(2) Peut-être que le magistrat lui-même réglait *extra ordinem* les réparations dues au défendeur. Peut-être, et plus probablement, ce dernier intentait-il lui-même l'action inverse de celle qui était dirigée contre lui. Ainsi Titius se disant usufruitier de mon fonds, et par hypothèse ayant la quasi-possession, j'exerçais contre lui une action *negatoria* relative au même usufruit. Et, en sens inverse, s'il me déniait l'usufruit de son fonds, j'usais de l'action *confessoria* pour soutenir que cet usufruit m'appartenait. Les deux actions auraient ainsi marché parallèlement, soumises sans doute au même juge, et chaque partie ayant dans l'une le rôle inverse de celui qu'elle avait dans l'autre. Ne pourrait-on pas expliquer par cette idée la bizarrerie de rédaction précédemment signalée dans une phrase des Institutes (T. II. page 987, note 1)?

pet., V, 3. — L. 27 § 3, *De rei vind.*, VI, 1) (1). Deux traits lui donnent une physionomie particulière : d'abord, tandis que toutes les autres actions réelles portent spécialement sur telle chose ou sur tel droit, la *petitio hereditatis* embrasse un ensemble de choses et de droits, elle s'applique à une *universitas juris;* aussi l'oppose-t-on, comme générale, aux *speciales in rem actiones* (L. 27 § 3, *De rei vind.* — L. 7, C., *De pet. her.*, III, 31). En second lieu, bien que réelle, elle tient, à certains égards, de l'action personnelle. Ainsi, comme nous l'allons voir, elle ne se renferme pas exclusivement dans la poursuite des droits réels, on ne la donne pas contre un possesseur quelconque, et, comme le titre d'héritier est indélébile, elle n'est pas exposée à s'éteindre, à l'exemple des autres actions réelles, par l'usucapion, le non-usage ou la *præscriptio longi temporis* (2). C'est par allusion à ces diverses particularités, et surtout à la dernière, que Dioclétien l'appelle *actio mixta personalis* (L. 7, C., *De pet. her.*).

La formule de la *petitio hereditatis* était probablement ainsi conçue : *Si paret hereditatem Lucii Titii ex jure Quiritium A^i A^i esse, neque ea arbitratu tuo restituetur, judex, quanti ea res erit, N^m N^m A^o A^o condemna.* Je m'attacherai surtout à faire ressortir les différences profondes qui séparent cette action de la *rei vindicatio*.

De l'objet de la PETITIO HEREDITATIS. — Cette action a pour objet direct de faire reconnaître que le demandeur est l'héritier de telle personne décédée. Mais au fond c'est le contenu même de l'hérédité qu'elle vise. Nous pouvons donc très exactement dire que la *petitio hereditatis* embrasse deux sortes de choses : 1° l'actif héréditaire proprement dit, et j'appelle ainsi non seulement les droits de propriété et de créance compris dans l'hérédité au jour de son ouverture, mais ceux qu'elle a pu acquérir étant encore jacente, et cela soit par ses esclaves, soit à l'occasion de délits commis par un tiers, soit en complétant une usucapion commencée par le défunt (L. 14 ; L. 16 § 3 ; L. 18 § 2, *De her. pet.* — L. 7 § 5, *De except. rei jud.*, XLIV, 2. — Paul, I, 13 § 1). Quant aux droits qui n'ont pris naissance qu'après l'adition et

(1) Je n'insiste sur le caractère réel de la *petitio hereditatis* que parce qu'il y a aux Institutes un texte qui semble le nier (§ 28, *De act.*). Ce texte sera expliqué plus loin (n° 870).

(2) Il faut se garder ici d'une confusion. Les biens de l'hérédité peuvent sans doute être usucapés ou prescrits par des tiers ; et de même une servitude appartenant à un fonds héréditaire peut très bien s'éteindre par le non-usage (LL. 21 et 25 § 17, *De her. pet.*). La *petitio hereditatis* devient alors moins compréhensive et moins avantageuse, mais elle ne s'éteint pas pour cela.

par conséquent en la personne de l'héritier lui-même, bien que celui-ci ne les ait acquis qu'en raison de cette qualité, ils n'entrent point dans la *petitio hereditatis* (L. 36 § 2, *De her. pet.*) (1); 2° des choses qui dépendent de l'hérédité sans qu'elle en ait la propriété, quelquefois même sans qu'elle ait sur eux aucun droit réel. Telles sont celles qui ont été engagées au défunt, celles dont l'usucapion a été commencée par lui et n'est point encore achevée, celles qu'il détenait avec charge de les garder, par exemple des choses prêtées ou déposées, enfin celles qu'il avait le droit de retenir et non de revendiquer, par exemple celles qu'il avait juré non pas être siennes, mais seulement ne point appartenir à telle personne (L. 19 pr., § 2, *De her. pet.*).

Ces règles font ressortir deux différences fondamentales entre la *petitio hereditatis* et la *rei vindicatio*. En effet, tandis que celle-ci n'a pour objet que des choses corporelles dont le demandeur se dit propriétaire, la *petitio hereditatis* peut comprendre aussi des droits de créance et même ne comprend que cela quand il n'y a rien autre dans l'hérédité (L. 50 pr., *De her. pet.*); et de plus, alors même qu'elle porte sur des choses corporelles, elle n'implique pas que ce demandeur affirme un droit de propriété. Ce serait donc se faire une idée tout à fait fausse de cette action que d'y voir une simple revendication en bloc de tous les *corpora hereditaria*.

A qui compète la PETITIO HEREDITATIS. — Il faut poser ici deux règles dont l'une est analogue, et l'autre identique à celles que nous avons trouvées dans la *rei vindicatio* : 1° la *petitio hereditatis* n'est donnée qu'à celui qui se dit héritier dans le sens propre du mot, c'est-à-dire *jure civili*. Du reste, il n'y a évidemment point à distinguer entre l'héritier testamentaire et l'héritier légitime, ni entre celui qui bénéficie d'une vocation personnelle et celui qui est devenu héritier

(1) Faut-il, par application de cette doctrine, décider que la chose dont l'usucapion a été commencée par le défunt et achevée par l'héritier est exclue de la *petitio hereditatis* ? On a cru trouver cette solution dans un texte de Paul (L. 19 § 1, *De her. pet.*), mais elle serait bizarre ; car l'usucapion ne fait ici que compléter un droit qui se trouvait dans l'hérédité, et ce n'est qu'en faisant valoir la possession du défunt que l'héritier peut se prétendre propriétaire. Aussi incliné-je à penser que tout autre est l'hypothèse prévue par le jurisconsulte : il suppose que la chose du défunt a été acquise de son vivant par celui qui plus tard est devenu son héritier et que c'est celui-ci lui-même qui a commencé et terminé l'usucapion. A l'appui de cette interprétation l'on remarquera que le texte ne précise rien relativement à l'époque où l'usucapion s'est accomplie. Et, en effet, peu importe que ce soit avant ou après l'adition : dans tous les cas, la chose appartient à l'héritier indépendamment de sa qualité.

par l'intermédiaire d'une personne soumise à sa puissance (L. L. 1, 2, 3, *De her. pet.*); 2° la *petitio hereditatis* ne compète qu'à l'héritier qui ne possède pas (L. 1 § 1, *Fam. ercisc.*, X, 2).

814. *Contre qui compète la* PETITIO HEREDITATIS. — La règle générale est ainsi posée par Ulpien : celui-là seul est tenu de la pétition d'hérédité qui possède *pro herede* ou *pro possessore* soit un droit, soit une chose héréditaire (L. 9, *De her. pet.*). Cette règle implique deux nouvelles différences entre la *rei vindicatio* et la *petitio hereditatis* :

1° Tandis que le défendeur à la *rei vindicatio* est nécessairement un *possessor rei*, c'est-à-dire quelqu'un qui détient une chose corporelle, le défendeur à la *petitio hereditatis* peut être à la fois *possessor rei* et *possessor juris* ou n'être que l'un des deux (L. 18 § 1, *De her. pet.*). La *possessio juris* consiste à exercer un droit héréditaire autre qu'un droit de propriété. Par exemple, un débiteur du défunt refuse-t-il de payer sous prétexte qu'il est lui-même l'héritier et qu'en conséquence sa dette s'est éteinte par voie de confusion : on le qualifie *possessor juris* et l'on donne contre lui la *petitio hereditatis* (L. 13 § 15 ; L. 42, *De her. pet.*). Tel est aussi le cas du *possessor rei* qui aurait été violemment dépossédé d'un immeuble ou qui de bonne foi aurait restitué l'hérédité ou certains objets héréditaires en vertu d'un fidéicommis : ce possesseur se trouve transformé en *possessor juris*, parce que dans le premier cas il a l'interdit *unde vi*, et dans le second cas la *condictio indebiti* (L. 16 §§ 4 et 7, *De her. pet.*). Et d'une manière générale, une semblable transformation s'opère toutes les fois qu'à la place de la chose le possesseur en reçoit le prix ou acquiert une action (L. 16 § 5; L. 34 § 1 ; L. 35, *De her. pet.*). A plus forte raison donc tiendrons-nous pour *possessores juris* tous ceux qui se comportent comme titulaires d'une ou plusieurs créances de l'hérédité, par exemple en en touchant les intérêts.

2° Tandis que la *rei vindicatio* compète indistinctement contre tout possesseur, la *petitio hereditatis* n'est donnée que contre qui possède *pro herede* ou *pro possessore* (1). Deux sortes de personnes possèdent *pro herede* : c'est d'abord celui qui, n'étant point héritier, croit l'être et agit comme tel ; c'est aussi, du moins dans le droit

(1) De là une conséquence : c'est qu'en notre matière le possesseur ou celui que l'on prétend tel peut être interrogé *in jure* sur la cause de sa possession, tandis que d'après le droit commun il est simplement obligé de déclarer s'il possède et n'est pas tenu de dire à quel titre (L. 11, C., *De pet. her.*).

classique, le *bonorum possessor sine re* (L. 11 pr., *De her. pet.*) (1). Quant au possesseur *pro possessore*, c'est essentiellement un possesseur qui a toujours été de mauvaise foi, un *prædo*. Cette dénomination convient non seulement à celui qui n'ayant aucun titre ne peut indiquer la cause de sa possession et qui interrogé à cet égard répond : je possède parce que je possède, (L. 11 § 1 ; LL. 12 et 13 pr., *De her. pet.* — Théoph., § 3, *De int.*, IV, 15), mais aussi à celui dont le titre est absolument dépourvu d'existence juridique, par exemple c'est ou une donation entre époux ou une constitution de dot faite à propos d'un mariage nul (L. 13 § 1, *De her. pet.*) ; à celui qui a usé de violence ou de dol pour obtenir son titre (L. 14 § 2, *Quod met. caus.*, IV, 2) ; enfin, peut-être, à celui qui a sciemment acquis *a non domino* (L. 33 § 1, *De usurp. et usuc.*, XLI, 3) (2). — Que la *petitio hereditatis* soit donnée contre le possesseur *pro herede*, rien de plus naturel, car il se pose en contradicteur de l'héritier. Mais comment se fait-il qu'on la donne aussi contre le possesseur *pro possessore*, qui n'élève, lui, aucune prétention pareille? On a conjecturé avec beaucoup de vraisemblance que cette doctrine se rattache à l'usucapion *pro herede*. Rappelons-nous, en effet, que jadis les choses héréditaires qui n'avaient pas de détenteur au jour du décès pouvaient être usucapées par quiconque en prenait possession même sans titre et sans bonne foi (n° 243). Or s'il y avait là une possession *pro possessore*, à coup sûr il y avait aussi une possession *pro herede*, car une telle usucapion ne tendait qu'à faire passer les droits de l'héritier au possesseur (3). Toutefois cette

(1) Je n'envisage ici que les possesseurs *pro herede* contre qui la *petitio hereditatis* peut être exercée avec succès. C'est pour cela que je ne parle ni de l'héritier véritable ni du *bonorum possessor cum re*. Du reste, sur le texte cité, il y a deux observations à faire : c'est d'abord qu'il mentionne purement et simplement le *bonorum possessor* sans exprimer qu'il le suppose *sine re*, mais cette supposition est nécessaire si l'on veut que la *petitio hereditatis* triomphe contre lui. C'est, en second lieu, que Justinien aurait dû retrancher cette mention, puisque de son temps il n'y a plus de *bonorum possessio sine re* (n° 468).

(2) Sur ce dernier point il y a quelque difficulté. Supposons que sciemment j'achète de vous une hérédité qui ne vous appartient pas; serai-je tenu de la *petitio hereditatis* comme *prædo?* Non, dit Ulpien, car qui paye n'est pas *prædo* (L. 13 § 8, *De her. pet.* — L. 126 pr., *De reg. jur.*, L, 17). La décision a peu d'importance en elle-même, attendu que la *petitio hereditatis* sera néanmoins donnée contre moi *jure prætorio*, à raison de ma qualité d'*emptor universi juris* (T. II, p. 1008). Mais le motif allégué par Ulpien conduirait à décider que cette action ne compète jamais contre un acquéreur particulier à titre onéreux.

(3) Une autre explication beaucoup plus ancienne consiste à dire que, le possesseur *pro possessore* n'ayant pas de titre, le demandeur est libre de lui en assigner un et de l'assimiler à un possesseur *pro herede*. Mais ce point de vue n'est guère

origine n'explique ni la survie de notre règle à l'usucapion *pro herede* ni l'étendue qu'on lui donne ; car même dans le droit de Justinien, le possesseur *pro possessore* est tenu de la pétition d'hérédité, et les textes ne distinguent ni si les choses qu'il possède avaient ou n'avaient pas de détenteur au jour du décès ni à quelle époque lui-même a commencé de posséder (L. 14 § 2, *Quod met. caus.*). Aussi l'explication historique que j'ai donnée doit-elle être complétée par la considération des avantages pratiques que la *petitio hereditatis* présente en notre hypothèse ; en effet, la possession du défunt n'est pas continuée de plein droit par l'héritier, et par conséquent tant que celui-ci n'a pas possédé lui-même, les interdits possessoires ne lui compètent ni du chef du défunt ni de son propre chef, d'où il résulte qu'en lui refusant la *petitio hereditatis*, on le mettrait dans la nécessité de recourir à la revendication et de prouver son droit de propriété. La *petitio hereditatis*, en tant qu'elle est donnée contre le possesseur *pro possessore*, offre donc ce grand avantage de suppléer aux interdits possessoires.

Au surplus, pour être désigné comme défendeur à la *petitio hereditatis*, il n'est pas nécessaire de posséder la totalité ou une quote-part de l'hérédité : il suffit d'en posséder un seul objet ou d'en exercer un seul droit, ainsi que cela ressort des termes mêmes dans lesquels la règle est formulée par Ulpien (L. 1 § 1, *Si pars her. pet.*, V, 4). Une même hérédité peut donc donner lieu à plusieurs actions au profit du même héritier. J'ajoute ou plutôt je rappelle que notre action compète aussi contre celui qui a perdu la possession par dol ou qui a trompé l'héritier en se présentant comme possesseur *pro herede* ou *pro possessore* (nº 805).

815. *Condition de l'hérédité pendant l'instance.* — On suit ici les mêmes règles que dans la *rei vindicatio*. Le défendeur reste donc provisoirement en possession sous la condition de fournir la *cautio judicatum solvi* (nº 806). Mais le magistrat peut l'autoriser, dans l'intérêt de l'hérédité, à faire des actes de disposition, par exemple à aliéner des choses qui menacent de dépérir (L. 5 pr., *De her. pet.*).

De la preuve. — Dans la *petitio hereditatis*, comme dans la *rei vindicatio*, le défendeur n'a rien à prouver. Quant au demandeur, il doit établir sa qualité d'héritier, et, de plus, justifier que les choses

acceptable. Car, en fait, il n'est pas vrai, on l'a vu, que tout possesseur *pro possessore* soit absolument dépourvu de titre ; et, en droit, il est certain que, pour dépouiller un possesseur, il ne suffit pas de lui objecter qu'il n'a pas de titre, il faut en avoir un soi-même (L. 3 § 1, *De pign. et hyp.*, XX, 1).

dont il demande la restitution dépendent de l'hérédité. Mais les explications précédemment données sur l'objet de la *petitio hereditatis* montrent qu'en principe il n'est pas tenu de prouver son droit de propriété.

816. *De l'office du juge et des résultats de la* PETITIO HEREDITATIS. — En ce qui concerne les restitutions dues à partir de la *litis contestatio* et les conséquences de l'inexécution du *jussum judicis*, il faut transporter ici toutes les règles posées pour la *rei vindicatio*. Quant aux restitutions corrélatives au temps qui a précédé la *litis contestatio*, il y a sans doute de nombreuses ressemblances entre les deux actions, mais il n'y a pas identité. Les principes en cette matière furent fixés par un sénatus-consulte rendu sur la proposition d'Adrien, et que les interprètes ont appelé Juventien du nom du jurisconsulte Juventius Celsus, l'un des consuls qui furent chargés d'en développer la pensée et les motifs (L. 20 § 6, *De her. pet.*) (1). Les décisions de ce sénatus-consulte et les décisions beaucoup plus nombreuses que l'interprétation en déduisit se ramènent toutes à une distinction fondamentale entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi. Aux termes mêmes du sénatus-consulte, la bonne foi en cette matière résulte de tout motif plausible qui détermine le possesseur à se croire héritier, et peu importe, nous dit Ulpien, qu'il se trompe sur le fait ou sur le droit (L. 25 § 6, *De her. pet.*).

Relativement au possesseur de bonne foi, la règle est qu'il restitue ce dont il s'est enrichi, tout cela et rien que cela, et son enrichissement s'apprécie *die rei judicatæ*, c'est-à-dire au moment même où le juge rend ce premier jugement que les textes appellent *pronuntiatio* (L. 36 § 4, *De her. pet.*).

Et d'abord, que le possesseur de bonne foi restitue tout ce dont il s'est enrichi, c'est ce que quelques exemples vont faire ressortir (2). Supposons qu'il ait vendu une chose héréditaire, et qu'elle ait ensuite péri entre les mains de l'acquéreur, la restitution du prix n'en sera pas moins due (L. 18, *Quod met. caus.*, IV, 2). De même si, après avoir vendu une chose héréditaire, il l'a rachetée pour un prix inférieur, il rend tout à la fois la chose elle-même et l'excédant de son prix de vente sur son prix d'achat (L. 22, *De her. pet.*). Enfin toutes les

(1) J'ai déjà dit (T. II, page 880, note 2) que ce sénatus-consulte intervint à propos d'une hypothèse toute particulière. Mais il suffit de le lire pour être convaincu que ses décisions avaient une portée générale (L. 20 § 6, *De her. pet.*). Cela ne fit jamais l'objet d'un doute sérieux (L. 1 pr., C., *De pet. her.*).

(2) On l'oblige même à restituer les gains dont la cause n'a rien d'honorable (L. 27 § 1; L. 52, *De her. pet.*).

acquisitions qui sont une conséquence de sa possession, et en particulier tous les accroissements naturels de l'hérédité (*augmenta ex ipsa hereditate*) sont compris dans la restitution par cela seul qu'il en est devenu plus riche. Les fruits eux-mêmes n'échappent pas à cette règle; il a beau les avoir perçus de bonne foi, et, dans le dernier état du droit, les avoir consommés, il n'en reste pas moins comptable de tout le profit que ces fruits lui ont procuré : c'est ce que l'on exprime par cette formule célèbre *fructus augent hereditatem* (L. 20 § 3; L. 25 § 20; L. 40 § 1, *De her. pet.*). Le possesseur de bonne foi est donc, en ce qui concerne les fruits, moins bien traité dans la *petitio hereditatis* que dans la *rei vindicatio* (1).

J'ai dit, en second lieu, que ce possesseur restitue seulement ce dont il s'est enrichi. Les applications de cette idée abondent dans les textes. Voici les plus saillantes : 1° il ne doit jamais l'intérêt des sommes qu'il a négligé de placer (L. 1, C., *De her. pet.*), et à l'égard de celles qu'il a placées il peut se contenter de céder sa créance telle qu'elle est, c'est-à-dire que l'insolvabilité du débiteur est à la charge de l'héritier (L. 30, *De her. pet.*); 2° s'il a vendu un bien de l'hérédité, son obligation se limite à la restitution du prix, quelque faible qu'il soit, et, s'il l'a employé à acheter une autre chose de moindre valeur, il ne doit que cette chose (L. 25 § 1, *De her. pet.*); 3° s'il a disposé d'une valeur héréditaire à titre de donation, et que par hypothèse cette libéralité ait été déterminée par la croyance qu'il était héritier, il ne doit plus rien de ce chef à moins que lui-même n'ait reçu quelque chose en retour de ce qu'il donnait (L. 25 § 11, *De her. pet.*); 4° nous pouvons supposer que, précisément parce qu'il se croyait plus riche, le possesseur a vécu plus largement; si alors les sommes qui représentent l'augmentation de ses dépenses ont été prises sur l'hérédité, il n'est pas tenu de les restituer (L. 25 §§ 15 et 16, *De her. pet.*) (2) ; 5° enfin, bien qu'en

(1) D'après les Institutes (§ 2, 3e ph., *De off. jud.*, IV, 17), les règles relatives à la restitution des fruits seraient tout à fait les mêmes dans l'une et l'autre action. Cette proposition est vraie, ou peu s'en faut, des possesseurs de mauvaise foi (T. II, page 1004, note 2). Quant aux possesseurs de bonne foi, je la crois fausse même sous Justinien; sinon il faudrait dire que, dans la *petitio hereditatis*, ce prince impose au possesseur de bonne foi la restitution des fruits encore existants dont il a consommé la valeur et le dispense de restituer les fruits qu'il a vendus et dont il a conservé le prix. Or ces décisions sont absolument contraires au sénatus-consulte Juventien, que Justinien pourtant n'a point abrogé (n° 250).

(2) En bonne logique l'on aurait dû admettre que ces sommes, alors même qu'elles ont été prises sur le patrimoine personnel du possesseur, diminuent les restitutions qu'il est tenu de faire, mais dans la pratique cette décision eut été incommode, et les textes la rejettent (L. 25 § 12, *De her. pet.*).

principe l'héritier puisse revendiquer, tant qu'elles n'ont point été usucapées, les choses aliénées par le possesseur de bonne foi, en fait sa revendication est paralysée par l'exception *quod præjudicium hereditati non fiat*, toutes les fois que l'acquéreur évincé doit avoir un recours qui appauvrirait le possesseur (L. 25 § 17, *De her. pet.*).

Passons au possesseur de mauvaise foi. Ici nous trouvons les mêmes principes que dans la *rei vindicatio*. Ce possesseur est donc tenu de restituer et ce qu'il possède et ce que par dol il a cessé de posséder; par exemple quand il a fait une aliénation, il continue de devoir la chose aliénée elle-même et ne peut se tirer d'affaire par la restitution du prix qu'il en a reçu (L. 20 § 21 ; L. 25 § 8, *De her. pet.*). De plus, il est tenu à raison de ses fautes et négligences, de sorte qu'en résumé il restitue, outre ses profits réels, tous ceux qu'un bon père de famille aurait faits, et notamment les fruits qu'il a négligé de percevoir (Inst., § 2, *De off. jud.*, IV, 17). Du reste, on ne lui impute ni d'avoir laissé inactives les sommes qu'il a trouvées dans l'hérédité et que le défunt lui-même n'avait pas l'habitude de placer (L. 20 § 14, *De her. pet.* — L. 62 pr., *De rei vind.*) (1), ni de n'avoir point exercé les actions héréditaires, car il n'avait pas le droit de les intenter ; si donc ces actions ont péri par le laps de temps ou sont devenues inefficaces par l'insolvabilité des débiteurs, la perte est pour l'héritier (L. 31 § 4 ; L. 49, *De her. pet.*). J'ajoute que certainement aussi l'héritier souffre seul des cas fortuits antérieurs à la *litis contestatio* (L. 20 § 21 ; L. 40 pr, *De her. pet.*) (2).

Les restitutions dues par le possesseur peuvent être diminuées par des retenues ou des déductions qu'il a le droit d'exercer. Grâce au caractère général de la *petitio hereditatis*, ces déductions y sont beaucoup plus fréquentes et ordinairement plus considérables que dans la *rei vindicatio*. Presque toujours elles tiennent à ce que le possesseur a fait des dépenses ou des payements.

(1) Quant aux capitaux également trouvés dans l'hérédité et que le défunt faisait ordinairement valoir, les interprètes discutent si le possesseur de mauvaise foi qui ne les a pas placés en doit les intérêts. L'esprit du sénatus-consulte me paraît conforme à l'affirmative.

(2) Nous pouvons supposer que le possesseur qui a commencé par se croire héritier apprend un jour qu'il ne l'est pas. Dès lors on lui applique en général les règles posées à l'égard du possesseur de mauvaise foi (L. 25 § 5, *De her. pet.*), et en conséquence j'incline à croire qu'on le rend responsable même de ses simples négligences. A ce point de vue, il y aurait une différence entre lui et le possesseur d'une chose particulière (T. II, page 981 *in fine*), et cette différence nous

Parlons d'abord des dépenses. Si le possesseur est de bonne foi, il les retient toujours intégralement, et cela par une simple conséquences du sénatus-consulte Juventien. Quant au possesseur de mauvaise foi, il y a des distinctions à faire. S'agit-il de dépenses voluptuaires : elles ne lui sont jamais remboursées, et il ne peut pas s'en plaindre, les ayant faites en connaissance de cause; tout ce qu'on lui permet, c'est d'enlever ce qui peut être enlevé sans que la chose en éprouve aucune détérioration (L. 39, *De her. pet.*). S'agit-il de dépenses utiles : son droit fut discuté. En sa faveur on disait que l'héritier ne pouvait sans iniquité s'enrichir aux dépens d'un possesseur même de mauvaise foi; mais, en sens inverse, on faisait remarquer, sans doute, que cette iniquité avait bien été admise dans la *rei vindicatio*. C'est l'opinion la plus indulgente qui l'emporta; le possesseur de mauvaise foi peut donc retenir ses dépenses utiles, mais seulement jusqu'à concurrence du profit que l'héritier en retire (L. 38, *De her. pet.*). Quant aux dépenses nécessaires, le droit de les retenir ne paraît pas lui avoir été contesté, mais, sans doute, il s'évanouit par la perte, même fortuite, de la chose qui a nécessité de telles dépenses (L. 38, *De her. pet.*) (1).

Sur les payements faits par le possesseur une question préalable se pose : sont-ils libératoires? Ulpien répond oui ou non, selon que le possesseur a payé *debitoris nomine* ou *suo nomine*, c'est-à-dire avec l'intention d'acquitter la dette de l'hérédité ou sa dette propre (2). Lorsque ces payements ont été libératoires, le possesseur retient purement et simplement le montant de ce qu'il a payé. Que si la dette subsiste encore, la retenue n'en est pas moins autorisée, mais sous une condition : le possesseur de mauvaise foi doit promettre à l'héritier de le défendre, s'il y a lieu, contre les poursuites du créan-

expliquerait pourquoi relativement aux fruits non perçus les Institutes ne paraissent pas établir une assimilation absolue entre le possesseur de mauvaise foi qui défend à la *rei vindicatio* et celui qui défend à la *petitio hereditatis* Inst., § 2, 4ᵉ phr., *De off.jud.*, IV, 17).

(1) Ainsi les dépenses relatives aux fruits peuvent jusqu'à un certain point être considérées comme nécessaires, et les textes nous disent que le possesseur de mauvaise foi ne les recouvre pas lorsque des cas fortuits ont détruit la récolte (L. 36 § 5; L. 37, *De her.pet.*).

(2) Il est assez difficile de comprendre, en fait, que le possesseur de mauvaise foi paye *suo nomine*, puisqu'il sait que la dette n'est pas sienne ; et à l'inverse il semble que le possesseur de bonne foi payera ordinairement en son propre nom, par cela même qu'il se croit héritier (L. 38 § 2, *De sol.*, XLVI, 3), cependant l'hypothèse contraire est prévue (L. 5, C., *De her. pet.*).

cier ; et le possesseur de bonne foi doit lui céder sa *condictio indebiti* (L. 31 pr., *De her. pet.*) (1).

Reste à faire observer que dans tous les cas où pour une cause quelconque le possesseur a des retenues à exercer, les jurisconsultes discutèrent s'il avait besoin de faire insérer une exception de dol dans la formule. Gaius et Papinien tenaient pour l'affirmative, qui est conforme aux principes généraux (LL. 39 et 50 § 1, *De her. pet.*). La négative était admise par Paul, Javolénus et Scévola (L L. 38, 44 et 58, *De her. pet.*). Cette seconde opinion s'explique par le caractère général de la *petitio hereditatis* : les droits du possesseur se rattachent intimement à ses obligations, ils ont leur origine dans la même cause, et il est difficile que le juge examine et sanctionne celles-ci sans tenir compte de ceux-là.

DES ACTIONS RÉELLES PRÉTORIENNES.

Sommaire : I. Des actions réelles prétoriennes en général. — II. De l'action publicienne. — III. Des actions servienne et quasi servienne.

I. — DES ACTIONS RÉELLES PRÉTORIENNES EN GÉNÉRAL.

Lib. IV, tit. vi, *De actionibus*, § 3. — Sed istæ quidem actiones quarum mentionem habuimus, et si quæ sunt similes, ex legitimis et civilibus causis descendunt. Aliæ autem sunt quas prætor ex sua jurisdictione comparatas habet tam in rem quam in personam, quas et ipsas necessarium est exemplis ostendere.

Mais les actions dont nous venons de parler et les autres qui peuvent leur ressembler dérivent de causes prévues par les lois et par le droit civil. Or il y en a d'autres que le préteur a créées en vertu de sa juridiction ; les unes sont réelles, les autres personnelles, c'est ce qu'il est nécessaire de faire comprendre par des exemples.

817. Nous avons vu que le préteur créa de nouveaux droits réels et de nouveaux modes d'acquérir. Il devait donc, pour sanctionner sa législation, ou introduire aussi de nouvelles actions réelles ou étendre

(1) Supposons que le possesseur soit lui-même créancier de l'hérédité. Peut-il alors retenir ce qui lui est dû? L'on décide affirmativement pour le possesseur de bonne foi, et cela quand même l'obligation ne serait que naturelle. Au contraire, cette retenue est refusée au possesseur de mauvaise foi, à moins qu'elle ne soit exigée par l'intérêt même de l'héritier ; par exemple, faute de payement à l'échéance, une peine devait être encourue. Dans ce cas on répute le possesseur avoir payé entre ses propres mains (L. 31 §§ 1 et 2, *De her. pet.*).

l'application de celles qui existaient déjà. Cette seconde voie est celle qu'il suivit le plus volontiers.

Les Institutes (*De act.*, §§ 4 à 7) mentionnent cinq actions réelles, savoir la publicienne, la rescisoire, la paulienne, la servienne et la quasi servienne. Les deux dernières n'ont pas de modèle dans le droit civil, ce sont des actions originales. Mais les trois autres ne sont que des revendications utiles. Leur caractère d'utilité ressort de la rédaction de leur *intentio* qui est *fictitia* (n. 793). Leur nature de *rei vindicationes* résulte de leur objet même et s'accuse nettement dans le langage des textes (1). En dehors des Institutes, on trouve encore un assez grand nombre d'actions réelles données par le préteur, mais pas une qui ait sa nature propre et des règles à elle, pas une par conséquent qui ne soit *utilis*. Pour faire connaître les principales, je vais les classer sous les noms mêmes des actions civiles auxquelles elles correspondent et dont elles ne sont que des extensions :

Rei vindicatio utilis. — Le préteur donne cette action au créancier gagiste (L. 16, *De serv.*, VIII, 1) (2), au *superficiarius* (n° 283), à l'emphytéote (n° 283 *bis*) et au propriétaire d'un fonds provincial (n° 245. — T. I, page 495, note 1).

Actio confessoria utilis. — Elle est donnée 1° au créancier gagiste, au *superficiarius* et à l'emphytéote, relativement aux servitudes prédiales qui appartiennent *jure civili* au fonds grevé de leur droit (L. 16, *De serv.* — L. 3 § 3; L. 9, *De op. nov. nunt.*, XXXIX, 1); 2° à celui qui a acquis, autrement que par la quasi-tradition, une servitude personnelle ou prédiale sur un fonds provincial non investi du *jus Italicum* (n° 208).

Actio negatoria utilis. — Elle doit être donnée : 1° au gagiste, au

(1) Pour la publicienne, voir le § 4, *De actionibus*, où l'on trouve ces mots *vindicat suam esse*, et la loi 35 pr., *De oblig. et act.* (XLIV, 7) où Paul dit : *Ad exemplum vindicationis datur*. Pour la rescisoire et la paulienne, voir les expressions des §§ 4 et 6, *De actionibus : eam rem suam esse*, *eam rem in bonis debitoris mansisse*.

(2) Une autre loi (L. 63, *De re jud.*, XLII, 1) suppose que le gagiste agit *de proprietate pignoris*, et les développements qu'elle donne prouvent très clairement qu'elle vise une action équivalente à celle que le propriétaire pourrait exercer lui-même. C'est donc bien à tort que dans la *petitio utilis ipsius fundi* dont parle la loi 16, *De servitutibus*, quelques interprètes ont cru voir l'action quasi-servienne. Une telle interprétation cadre mal avec les expressions du texte, de plus elle fait de l'action quasi-servienne une simple extension de la *rei vindicatio*, ce qui n'est guère soutenable quand on considère le but de ces deux actions. La *rei vindicatio utilis* présente un grand intérêt pour le gagiste si l'on admet qu'en principe il ne peut pas, avant l'échéance de la dette, user de l'action hypothécaire.

superficiarius, à l'emphytéote, et au propriétaire d'un fonds provincial, lorsqu'ils ont intérêt à établir la liberté d'un fonds soumis à leur droit (L. 3 § 3; L. 9, *De op. nov. nunt.*); 2° à tout propriétaire, lorsque la servitude personnelle ou réelle dont la chose était grevée subsiste encore selon le droit civil et est éteinte *jure prætorio*.

Petitio hereditatis utilis. — J'ai déjà signalé les deux principales applications de cette action : l'une est la *possessoria hereditatis petitio* donnée au *bonorum possessor* (n° 442); l'autre est la *fideicommissoria hereditatis petitio* donnée au fidéicommissaire universel qui a reçu la restitution *ex Trebelliano* (n^s 407). Il y a aussi une *petitio hereditatis* utile contre les acheteurs ou autres cessionnaires de l'ensemble d'une hérédité (L. 13 §§ 4 et 10, *De her. pet.*).

Revenons aux cinq actions mentionnées dans les Institutes. Pour le moment je n'étudierai que la publicienne, la servienne et la quasi-servienne. Quant à la rescisoire et à la paulienne, qui n'est elle-même qu'une action rescisoire, elles se rattachent à la procédure de l'*in integrum restitutio*, et c'est là qu'elles trouveront leur place logique.

II. — DE L'ACTION PUBLICIENNE.

Lib. IV, tit. VI, *De actionibus*, § 3, suite. — Ecce plerumque ita permittit in rem agere, ut vel actor diceret se quasi usucepisse quod non usuceperit, vel ex diverso possessorem (1) diceret adversarium suum

Très souvent, par exemple, il accorde une action réelle où le demandeur prétend avoir en quelque sorte usucapé la chose qu'il n'a point usucapée, ou à l'inverse soutient que le possesseur qui est son adversaire

(1) On discute s'il faut lire *possessorem* ou *possessor*. Il paraît que les manuscrits les plus anciens et les plus sûrs donnent *possessor*. D'autre part, la paraphrase de Théophile autorise la leçon *possessorem*. De là la difficulté. En lisant *possessorem*, on obtient un sens clair et simple : la phrase de Justinien fait allusion à deux actions qui ont un but inverse, savoir la publicienne du § 4, par laquelle on accorde le bénéfice de l'usucapion à celui qui n'a point encore usucapé, et l'action rescisoire du § 5, par laquelle on ôte ce bénéfice à celui qui a usucapé. Il est vrai que le mot *possessorem* fait ainsi double emploi avec le mot *adversarium* et s'en trouve assez bizarrement séparé par le mot *diceret*. Mais ce ne sont là que des négligences, non des incorrections. Pour ceux qui lisent *possessor*, le texte est plus embarrassant, car tout d'abord il semble admettre une action réelle au profit de quelqu'un qui possède. Les uns donc entendent par *possessor* le possesseur dépouillé, de même que plus bas, dans le § 5, on appelle *dominus* le propriétaire qui a cessé de l'être. Cette interprétation aboutit au même sens que la leçon *possessorem*. D'autres ont imaginé une explication beaucoup plus savante, mais tout à fait hypothétique. D'après eux le préteur Publicius ne se serait pas borné à créer l'action publicienne : il aurait prévu le cas d'une usucapion accom-

non usucepisse quod usuceperit.

§ 4. — Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum, necdum ejus rei dominus effectus est, si ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam persequendam, quippe ita proditæ sunt jure civili actiones ut quis dominium suum vindicet : sed quia sane durum erat eo casu deficere actionem, inventa est a prætore actio, in qua dicit is qui possessionem omisit eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse. Quæ actio publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio prætore in edicto proposita est (Gaius, IV, § 36).

n'a pas usucapé la chose qu'il a usucapée.

En effet, si quelqu'un a reçu la tradition d'une chose en vertu d'une juste cause, par exemple d'un achat, d'une donation, d'une constitution de dot, ou d'un legs, et qu'avant d'en être devenu propriétaire, il vienne à en perdre la possession, il n'a pas d'action réelle directe pour la poursuivre, car le droit civil ne nous donne des actions que pour revendiquer notre propriété. Mais comme le refus d'une action en pareil cas était chose dure, le préteur a imaginé une action où celui qui a perdu la possession soutient qu'il a usucapé la chose, et en conséquence la revendique comme sienne. Cette action s'appelle publicienne, parce que le préteur Publicius fut le premier qui la proposa dans son édit.

818. Supposons une usucapion commencée et non terminée : si dans cette situation le possesseur vient à perdre la possession, la *rei*

plie par un absent au détriment d'une personne présente, et sans donner au propriétaire ainsi dépouillé l'action rescisoire dont parle le § 5, il aurait décidé du moins que ce propriétaire, venant par quelque hasard à recouvrer la possession de sa chose, aurait une exception pour repousser la revendication exercée par l'absent de retour. Cette première hypothèse admise, on en fait une seconde : les §§ 3, 4 et 5 du titre *De actionibus* auraient été empruntés à quelque jurisconsulte qui commentait, non pas les dispositions définitives de l'édit prétorien, mais seulement les dispositions de l'édit du préteur Publicius ou d un édit semblable. Dans le texte original, les mots *in rem agere* de notre § 3 auraient été suivis de ceux-ci *vel excipere*, que les rédacteurs des Institutes auraient retranchés parce que de leur temps la rescision de l'usucapion accomplie au profit d'un absent s'obtenait par voie d'action, et non pas seulement par voie d'exception. Pour le même motif ils auraient remanié le § 5 qui dans l'original devait, dit-on, se rapporter non point à l'action rescisoire, mais à l'exception introduite par le préteur Publicius. Je n'ai pas besoin d'insister sur ce qu'il y a d'étudié et de laborieux dans cette explication; je me bornerai à une seule observation : c'est que même en admettant, ce qui est fort peu vraisemblable, que les rédacteurs des §§ 4 et 5 *De actionibus*, n'aient eu sous les yeux que des ouvrages qui n'exprimaient pas le dernier état du droit prétorien, on ne concevrait pas que, supprimant dans le § 3 les mots *vel excipere*, ils n'eussent pas également supprimé la fin de la phrase à partir des mots *vel ex diverso*. Il y aurait là plus qu'une étourderie.

vindicatio lui est refusée parce qu'il ne lui est pas possible de se dire *dominus ex jure Quiritium*, et aucune autre action civile ne lui compète à l'effet de recouvrer la chose : le droit civil, en effet, protège l'usucapion consommée, non l'usucapion commencée. C'est cette lacune que le préteur Publicius vint combler en créant la publicienne (§ 4 *sup.*) (1).

D'après Gaius (IV, § 36), la formule de cette action commençait en ces termes : « *Judex esto ; si quem hominem Aulus Agerius emit* (2), *et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure quiritium esse oporteret.* » Le surplus était conçu comme dans la *rei vindicatio*. Trois idées générales se dégagent de cette formule ; 1° le domaine régulier de l'action publicienne est identique à celui de l'usucapion. De même donc que l'usucapion est admise au profit du propriétaire bonitaire et du simple possesseur de bonne foi (n°232), de même la publicienne protège indistinctement ces deux sortes de personnes (3), et selon toute probabilité elle eut dès

(1) Quelle est la date de cette création ? On l'ignore. Les années 516, 519 et 685 nous offrent chacune un préteur appelé Publicius. Le dernier est mentionné par Cicéron (*Pro Cluent.*, 45).

(2) La vente ne figure ici qu'à titre d'exemple, et l'on fera la même remarque sur le texte de l'édit dont je parlerai tout à l'heure.

(3) Cette doctrine a trouvé des contradicteurs en deux sens tout à fait opposés. D'une part, on a dit que l'action publicienne ne protégea jamais que le propriétaire bonitaire ; mais alors comment comprendre la place qu'elle tient aux Institutes et surtout au Digeste où elle fait l'objet d'un titre spécial ? car elle aurait dû disparaître sous Justinien. D'autre part, avec moins d'invraisemblance, sinon plus de vérité, on a soutenu qu'elle n'était donnée qu'au possesseur de bonne foi. Le principal argument en ce sens est tiré du texte de l'édit qui nous est rapporté au Digeste dans les termes suivants : *si quis id quod traditur ex justa causa non a domino, et nondum usucaptum petet, judicium dabo* (L. 1 pr., *De public.*, VI, 2). Les partisans de cette opinion n'admettent pas du reste que le bonitaire demeurât sans protection : quelques-uns lui donnent une action fondée sur la fiction d'une mancipation ou d'une *in jure cessio*, mais nulle part on ne trouve la trace d'une semblable fiction. D'autres, en plus grand nombre, croient qu'il pouvait revendiquer en disant *rem suam esse* sans ajouter les mots *ex jure Quiritium*. Mais bien que Gaius parle quelque part d'un double *dominium* (II, § 40), les textes ne permettent pas de soupçonner qu'il y eût deux sortes de revendication ; les Institutes (§ 4 *sup.*) disent formellement que le possesseur de bonne foi n'était point admis à revendiquer, et Gaius lui-même (IV, § 34) nous prouve que le bonitaire ne pouvait pas dire *rem suam esse*. Au surplus, un texte du Digeste (L. 11 § 1, *Du publ.*) démontre sans réplique que la publicienne n'était pas refusée au bonitaire (T. II, page 1013, note 4). Je conclus donc, avec la majorité des interprètes, que le texte de l'édit n'a pas été fidèlement reproduit au Digeste et que les mots *a non domino* sont une addition de Justinien. Toutefois reste à savoir si, une fois ces mots retranchés, nous avons bien le texte entier du préteur. Quelques inter-

l'origine cette double fonction (1). Du reste il est évident que du jour où Justinien supprima la propriété bonitaire, la publicienne n'appartint plus qu'au possesseur de bonne foi, car lui seul désormais avait besoin d'usucaper; 2° la formule donnée par Gaius détermine très précisément la portée de la fiction. Il ne faut pas dire d'une manière générale que l'on répute accomplie une usucapion qui ne l'est pas (2). La fiction n'a trait qu'à la durée de la possession. Bien que le possesseur ait perdu la chose avant l'expiration du délai d'un an ou de deux ans, sa position est la même que s'il eût possédé pendant toute cette durée. Mais le préteur ne lui fait grâce d'aucune des autres conditions requises pour l'usucapion; 3° il faut, en général, appliquer à la publicienne toutes celles des règles de la *rei vindicatio* qui ne sont point écartées par une conséquence de la fiction sur laquelle elle repose (L. 7 § 8, *De publ.*, VI, 2). Cette observation me dispense de suivre ici le même ordre et d'entrer dans les mêmes détails que sur la *rei vindicatio*. Les principes spéciaux à notre matière peuvent se rattacher tous à l'étude de ces deux questions : Quelles sont les conditions exigées pour avoir la publicienne? Contre quelles personnes triomphe-t-elle?

819. *Des conditions exigées pour avoir la publicienne.* — Ces conditions se résument en une seule : il faut que le demandeur fût *in causa usucapiendi* au jour où il a perdu la possession (3). Cette proposition bien analysée contient les suivantes :

1° Il faut que le demandeur ait reçu la tradition de la chose et l'ait possédée, ne fût-ce qu'un instant (L. 12 § 7, *De publ.*), car sans pos-

prètes le croient, mais je me range à l'avis contraire. Nous voyons, en effet, Ulpien attribuer au préteur et commenter ces mots *qui bona fide emit* (L. 7 § 11, *De publ.*), tandis qu'il ne commente pas les mots *non a domino*. Il est donc probable que l'édit prévoyait distinctement le cas du possesseur de bonne foi et celui du propriétaire bonitaire, et qu'il s'exprimait ainsi : *Si quis id quod bona fide emit vel id quod traditur ex justa causa*, etc.

(1) On a bien essayé de soutenir qu'originairement la publicienne ne fut donnée qu'au propriétaire bonitaire. Mais cela suppose qu'à l'époque du préteur Publicius l'usucapion n'était pas encore admise au profit du possesseur de bonne foi. Or c'est ce qui n'est ni démontré ni probable.

(2) Gaius (IV, § 36), il est vrai, dit *fingitur usucepisse*. Mais la portée de ce langage est clairement circonscrite soit par la façon dont il pose l'hypothèse, soit par la formule qu'il reproduit.

(3) On ne doit pas conclure de cette règle que la publicienne soit refusée au propriétaire. Sans doute ce n'est pas pour lui qu'elle a été créée (L. 1 § 1, *De publ.*). Mais il y trouve l'avantage de n'avoir pas besoin, comme dans la *rei vindicatio*, d'établir son droit de propriété, et l'on ne voit pas quel motif l'empêcherait d'y recourir.

session pas d'usucapion (L. 25, *De usurp. et usuc.*, XLI, 3). Cette condition est clairement exigée par le texte de l'édit et par celui de la formule (1). La publicienne ne compète donc ni à l'acquéreur qui a simplement reçu la mancipation ou l'*in jure cessio*, ni au créancier qui a seulement le droit de demander la tradition.

2° Il faut que le demandeur ait une *justa causa possidendi*. Mais évidemment dans les cas exceptionnels où le titre putatif suffit pour usucaper, il suffit aussi pour autoriser la Publicienne. Ainsi Marcellus et Ulpien décident que celui qui achète d'un fou qu'il croit sain d'esprit peut usucaper et par conséquent, s'il y a lieu, recourir à la publicienne (L. 7 § 2, *De Publ.*) (2). Au surplus, dans le cas particulier où la *justa causa* consiste en une vente, l'acheteur ne doit avoir la publicienne qu'autant qu'il a payé son prix, car jusque-là il n'usucape

(1) On a cependant cherché à établir que la publicienne peut être exercée par qui n'a jamais possédé. Trois textes paraissent tout d'abord favorables à cette opinion : 1° d'après la loi 1 § 3, *De publ.*, il semble que le droit d'exercer la publicienne soit contenu dans la seule qualité de légataire *per vindicationem*. Mais il n'y a là qu'une apparence. La loi suivante montre que l'on suppose le legs suivi d'une prise de possession. La pensée d'Ulpien dans la loi 1 était probablement que la nécessité d'une tradition doit s'entendre avec largeur, et notamment qu'on l'a réputé faite lorsque le légataire et plus généralement l'acquéreur est entré en possession sans le fait de l'aliénateur, mais néanmoins sans vices (L. 1 § 5, *De exc. rei vend.*, XXII, 3) ; 2° la loi 12 § 1, *De publ.*, dit que le fidéicommissaire qui a reçu la restitution *ex Trebelliano* peut, sans avoir possédé, user de la publicienne. L'objection paraît forte, mais la réponse est bien simple. La restitution faite en vertu du sénatus-consulte Trébellien a pour effet d'investir le fidéicommissaire de toutes les actions héréditaires. Or la publicienne compte parmi ces actions (L. 7 § 9, *De publ.*). Notre texte s'explique donc par cette idée que, le défunt ayant possédé, la publicienne qui lui appartenait se transmet au fidéicommissaire : celui-ci n'a pas possédé lui-même, mais il bénéficie de la possession du défunt ; 3° la loi 15, *De publ.*, supposant une vente et une tradition faites à un esclave fugitif, dit que le maître peut, avant d'avoir acquis la possession de la chose, la réclamer par la publicienne. Mais évidemment le mot *possessio* ne désigne ici que la détention.

(2) Paul (L. 2 § 16, *Pro empt.*, XLI, 4), prévoyant exactement la même hypothèse, paraît donner une décision contraire : par une raison d'utilité, dit-il, on admet que l'acheteur usucape, quoique la vente soit nulle, et en conséquence il ne peut ni agir *de evictione*, ni user de la publicienne, ni se prévaloir de l'*accessio possessionis*. Pris absolument à la lettre, ce texte contredirait le principe que j'ai posé plus haut, d'après lequel le domaine de la publicienne est aussi étendu que celui de l'usucapion. Mais il est probable que la pensée de Paul n'a pas cette portée : en refusant la publicienne à l'acheteur, il ne fait que tirer une conséquence de la nullité du contrat, c'est-à-dire de l'absence d'obligation en la personne du vendeur ; c'est donc seulement contre ce dernier qu'il entend exclure la publicienne. Ce qui rend cette interprétation très plausible, c'est qu'évidemment en parlant de l'action *de evictione*, le jurisconsulte ne peut se référer qu'aux rapports de l'acheteur avec son vendeur. Par une suite de la même idée, j'incline à croire que l'acheteur se prévaudrait valablement de l'*accessio possessionis* à l'égard des tiers.

pas. C'est d'ailleurs ce que plusieurs textes supposent (L. 72, *De rei vind.*, VI, 1. — L. 2, *De except. rei vend.*, XXII, 3. — L. 4 § 32, *De dol. mal. et met except.*, XLIV, 4) (1).

3° Lorsque le titre constitutif de la *justa causa* a été consenti *a non domino*, il faut que l'acquéreur ait été de bonne foi au moment de la tradition, et, s'il s'agit d'une vente, il doit l'avoir été aussi au moment du contrat (L. 7 § 17, *De publ.* — n° 236). Du reste entre cette condition et les deux précédentes il y a une grande différence : c'est que le demandeur est tenu de prouver et sa possession et sa *justa causa*, tandis que sa bonne foi est présumée jusqu'à preuve contraire, et voilà pourquoi l'*intentio* de la publicienne ne fait aucune mention de la bonne foi (2).

4° Il faut que la chose soit de celles qui comportent l'usucapion. Vainement donc auriez-vous acquis de bonne foi une chose volée ou possédée par violence : ne pouvant l'usucaper, vous n'auriez pas la publicienne. Le même principe rigoureusement observé eût entraîné quelques autres conséquences qui ne furent point admises, et c'est ici le lieu de signaler deux ordres d'applications tout à fait irrégulières de notre action : 1° la publicienne est donnée à celui qui a acquis de bonne foi, et d'un autre que le propriétaire, un fonds provincial, un droit d'emphytéose ou de superficie (L. 12 §§ 2 et 3, *De publ.*) (3) ; 2° elle est également donnée à raison des servitudes constituées par voie de simple quasi-tradition. Telle est la décision expresse d'Ulpien pour le cas où le constituant était propriétaire (L. 11 § 1, *De publ.*) (4), et il faut l'étendre au cas où le constituant n'étant pas propriétaire, l'acquéreur était de bonne foi (5). Comment expliquer l'admission

(1) Cependant la nécessité de cette condition parait avoir été contestée par Gaius, et cela à raison du silence de l'édit prétorien (L. 8, *De publ.*).

(2) Aussi faut-il se garder de croire, avec quelques interprètes modernes, que la publicienne eût deux formules, l'une pour le propriétaire bonitaire, et l'autre pour le possesseur de bonne foi. La même formule suffisait évidemment à l'un et à l'autre.

(3) Les fonds provinciaux sont désignés ici par cette périphrase : *prædia quæ usucapi non possunt*.

(4) En cette hypothèse, l'acquéreur de la servitude a un droit de même nature que celui du propriétaire bonitaire. C'est pourquoi la décision d'Ulpien prouve que la publicienne protège la propriété bonitaire tout aussi bien que la possession de bonne foi (T. II, page 1010, note 3).

(5) Ainsi appliquée aux servitudes, la publicienne n'a plus d'analogie avec la *rei vindicatio* : c'est à l'action *confessoria* qu'elle ressemble. Du reste, une fois que la quasi-possession de la servitude avait duré dix à vingt ans, il est difficile de croire que l'action donnée au titulaire continuât de s'appeler publicienne. On devait lui donner le nom de *confessoria utilis*. Mais au fond, cela n'avait aucune importance.

de la publicienne en ces deux ordres d'hypothèses ? sans doute par cette idée fort simple qu'il s'agit ici de choses qui comportent, sinon l'usucapion, du moins la *longi temporis præscriptio*. De même que cette prescription tendait en réalité à compléter la liste des choses que l'on pouvait acquérir par la possession prolongée, de même elle eut pour résultat d'agrandir le domaine de la publicienne. Toutefois cette action ainsi étendue en dehors de ses limites primitives doit être considérée comme *utilis ;* j'entends qu'elle ne pouvait être délivrée avec sa formule ordinaire, car comment la fonder sur la fiction d'une usucapion que la loi n'admettait pas ? Quelle était donc alors la conception de la formule ? Nous l'ignorons ; peut-être que la possession ou la quasi-possession étaient supposées avoir duré le temps requis pour la *longi temporis præscriptio*.

820. *Contre qui triomphe la publicienne*. — Remarquons avant tout que cette action, n'étant au fond que la revendication anticipée d'un droit de propriété qui n'est pas encore acquis, se donne contre un possesseur quelconque, donc, s'il y a lieu, contre le propriétaire quiritaire lui-même ; car la prétention exprimée dans l'*intentio* n'est pas moins exacte à son égard qu'à l'égard de tout autre possesseur.

Supposons d'abord que le défendeur n'a pas la propriété quiritaire. De deux choses l'une alors : ou il n'est pas *in causa usucapiendi*, et en ce cas le succès de la demande est assuré ; ou bien il est lui-même *in causa usucapiendi*, de telle sorte que, la possession lui échappant, il aurait aussi la publicienne. Cette seconde hypothèse se subdivise : 1° la lutte est engagée entre un bonitaire et un possesseur de bonne foi, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une *res mancipi* que l'une des parties a acquise *a domino* par voie de simple tradition, et que l'autre a acquise *a non domino*. Ici en règle générale c'est le bonitaire qui triomphe, car il a un droit comparable à celui du propriétaire (L. 31 § 2 *in fine*, *De act. empt.*, XIX, 1) (1) ; mais ce motif même nous indique qu'il faut apporter une restriction à la règle, il faut dire que le bonitaire échouerait si, au jour où il a été mis *in causa usucapiendi*, son auteur, quoique *dominus ex jure Quiritium*, n'était pas lui-même en position de triompher, par exemple parce qu'il était devenu l'héritier de celui qui avait antérieurement vendu et livré la chose à l'autre partie ; 2° les deux adversaires sont l'un et l'autre de

(1) Si nous supposons que le bonitaire joue le rôle de défendeur, il doit avoir une exception semblable à l'exception *justi dominii*.

simples possesseurs de bonne foi, c'est-à-dire que tous les deux ont acquis *a non domino*. Julien et Ulpien (L. 9 § 4, *De Publ.*) font ici une distinction très rationnelle : si le demandeur et le défendeur sont tous les deux les ayant-cause d'un même auteur, celui-là triomphe, quel que soit son rôle, qui a le premier commencé à usucaper, c'est-à-dire en général qui a le premier reçu la tradition (1) ; en effet, de même que par une aliénation une fois faite le propriétaire épuise ses droits et se met dans l'impossibilité de faire une nouvelle aliénation qui nuise à son premier acquéreur (L. 15, C., *De rei vind.*, III, 32), de même celui qui aliène sans être propriétaire transfère par une première tradition tout ce qu'il lui est possible de transférer. Si, au contraire, les deux adversaires ne tiennent pas la chose du même auteur, il n'y a plus aucune raison pour préférer le droit de l'un au droit de l'autre, et l'on ne peut qu'appliquer la règle : *in pari causa melior est causa possidentis* (2).

Passons au cas plus rare où la publicienne est intentée contre le *dominus ex jure Quiritium*. Cette action n'a pas pour but de dépouiller le propriétaire ; ici donc, c'est, en règle générale, le défendeur qui triomphe, et cela à l'aide d'une exception dite *justi dominii* qui lui impose la charge de prouver son droit de propriété (L. L. 16 et 17, *De Publ.*) (3). Toutefois cette preuve faite n'entraîne pas toujours l'échec de la demande. Il y a deux ordres d'hypothèses où l'exception *justi dominii* ne saurait être victorieuse : 1° c'est du défendeur lui-même qu'émanent le titre et la tradition qui servent de base à l'action. Cela se conçoit de deux manières : d'abord, si nous nous plaçons

(1) Dans le cas spécial où les deux adversaires sont des acheteurs, ce n'est donc pas toujours celui qui a possédé le premier qui triomphe; c'est celui qui a possédé et payé son prix, avant que l'autre partie eût elle-même rempli ces deux conditions (L. 15, C., *De rei vind.*).

(2) Cependant cette décision est contredite par Nératius qui, même dans le cas où les deux parties ont acquis *a diversis non dominis*, fait triompher celle qui a été la première *in causa usucapiendi* (L. 31 § 2, *De act. empt.*, XIX, 1). Mais il n'est guère croyable qu'une telle doctrine ait prévalu ; car elle est peu raisonnable, et de plus le texte qui l'exprime n'est pas placé au siège même de la matière, au titre de *De publiciana*. Nous voyons d'ailleurs que la distinction faite par Julien et Ulpien fut également admise dans le cas où la question se posait entre deux créanciers hypothécaires (L. 14, *Qui pot.*, XX, 4).

(3) Ne serait-ce pas là ce cas unique et mystérieux où, selon les Institutes, le possesseur joue le rôle de demandeur (§ 2 *in fine*, *De act.*)? Beaucoup d'interprètes le pensent, et je me rangerais à leur opinion, parce qu'elle est la plus simple de toutes, si je croyais nécessaire d'en avoir une (T. II, p. 987, note 2; p. 990, notes 3 et 4).

dans l'ancien droit, le défendeur a pu, étant propriétaire *ex jure Quiritium* d'une *res mancipi*, en transférer la simple propriété bonitaire au demandeur. En second lieu, dans le droit de Justinien comme dans le droit antérieur, il a pu livrer une chose sur laquelle il n'avait alors aucun droit, et plus tard en acquérir la propriété d'une manière quelconque, par exemple par voie d'hérédité ou d'achat. Dans ces deux situations, l'aliénateur qui ne possède pas et qui revendique contre son ayant-cause est repoussé par une exception de dol ou une exception *rei venditæ et traditæ;* pareillement si, comme nous le supposons ici, c'est lui qui possède et qui est attaqué par son ayant-cause, son exception *justi dominii* se brise contre une *replicatio doli mali* ou *in factum* (L. 72, *De rei vind.*, VI, 1. — L. 17, *De evict.*, XXI, 2. — L. 1 pr.; L. 2, *De except. rei vend.*, XXI, 3. — L. 4 § 32, *De dol mal. et met. except.*, XLIV, 4); 2° ce n'est pas par le défendeur, propriétaire de la chose, que le demandeur a été mis *in causa usucapiendi*, c'est par un tiers non propriétaire. Mais plus tard le défendeur lui-même est devenu l'héritier ou le successeur universel de ce tiers : si par suite de cette qualité nouvelle il se trouve obligé envers le demandeur, par exemple si la tradition a eu pour cause une vente, une constitution de dot, même une promesse de donation (1), il lui est tout aussi impossible de retenir la chose à l'aide d'une exception opposée à l'acquéreur que de la lui enlever par voie d'action (L. 1 § 1, *De exc. rei vend.*) (2).

III. — DES ACTIONS SERVIENNE ET QUASI-SERVIENNE.

Lib. IV, tit. VI, *De actionibus*, § 7. — Item serviana, et quasi serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quæ

Pareillement l'action servienne et la quasi-servienne, que l'on appelle aussi hypothécaire, tirent leur principe de la juridiction du préteur. L'action servienne a pour objet les choses que le preneur d'un bien ru-

(1) Supposons que celui qui livre la chose d'autrui à titre de donation ne soit tenu d'aucune obligation antérieure; je crois qu'alors le propriétaire, venant à lui succéder, opposera avec succès l'exception *justi dominii*.

(2) Il est question, dans un texte de Paul, d'une publicienne rescisoire (L. 35 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7). Je m'expliquerai sur cette action à propos de l'*in integrum restitutio*.

pignoris jurepro mercedi, ei tenentur ; quasi serviana autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest ; nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est : nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit ; at eam quæ sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus.

ral a affectées à titre de gage pour son prix de ferme ; par la quasi-servienne les créanciers poursuivent leurs gages ou leurs hypothèques. Du reste, entre le gage et l'hypothèque, il n'y a, quant à l'action hypothécaire, aucune différence ; car les deux mots s'emploient indistinctement, lorsqu'il a été convenu entre un créancier et un débiteur qu'une chose serait obligée pour une dette, mais à d'autres points de vue il y a des différences : en effet, nous employons proprement l'expression de gage, lorsqu'au moment de la convention la chose a été livrée au créancier, surtout si elle est mobilière ; quant à celle qu'on oblige par simple convention et sans la livrer, nous employons spécialement le mot hypothèque.

821. — Le texte que je viens de transcrire distingue nettement les actions servienne et quasi-servienne. La servienne correspond au premier cas où fut sanctionnée la convention d'hypothèque : elle se restreint donc aux choses que le preneur d'un bien rural a introduites sur le fonds et expressément affectées à la garantie de ses fermages (1). La quasi-servienne, qu'on appelle spécialement *hypothecaria* (§ 7 *sup.* — L. § 3 § 1, *Ad s. c. t. Vell.*, XVI, 1), s'applique à tous autres cas d'hypothèque ou de gage : elle n'est que l'extension de la servienne (2). Mes explications ne porteront directement que sur l'action hypothé-

(1) Cette action servienne ne doit pas être cenfondue avec la *serviana* donnée au *bonorum emptor* (n° 484). C'est sans doute pour marquer cette distinction que l'on employait quelquefois l'expression *pignoratitia serviana* (L. 3 § 3, *Ad exhib.*, X, 4).

(2) Quand les expressions *serviana* et *hypothecaria* se rencontrent l'une à côté de l'autre, elles ont le sens précis que je leur assigne (L. 29, *Fam. erc.*, X, 2. — L. 4 § 30, *De dol. mal. et met. exc.* XLIV, 4). Mais bien souvent l'une des deux s'emploie seule et alors elle comprend presque toujours les deux actions. On se sert aussi, particulièrement quand il s'agit d'un gage, des expressions *pignoratitia in rem* ou simplement *pignoratitia* (L. 7 § 12, *Comm. div.*, X, 3. — L. 19, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2) ; mais cette dernière prête à l'équivoque, puisqu'elle désigne proprement l'action personnelle née du contrat de gage.

caire, et cela pour deux raisons, parce qu'elle est générale, et que les mêmes règles se retrouvent dans l'action servienne, sauf les différences toutes secondaires qui tiennent à la spécialité de son objet (1).

Objet de l'action hypothécaire. — Il ne faut pas croire que cette action ait pour objet alternatif le délaissement de la chose ou le payement de la somme due. Le droit du demandeur se borne à exiger que la chose lui soit délaissée. Cela résulte des expressions *persequi rem, pignus, hypothecam,* qui en cette matière se rencontrent à chaque instant sous la plume des jurisconsultes. Et ce qui le prouve plus clairement encore, c'est que le détenteur échappe à toute poursuite, lorsque la chose hypothéquée a péri par cas fortuit, et, d'une manière plus générale, lorsqu'il en a perdu la possession sans dol (L. 16 § 3, *De pign. et hyp.*). Du reste, l'action hypothécaire se sépare ici de toutes les autres actions réelles par deux différences profondes qui l'une et l'autre tiennent au caractère accessoire de l'hypothèque : d'abord, le détenteur du bien hypothéqué jouit d'une *facultas solutionis,* il n'a qu'à payer intégralement le montant de la dette hypothécaire pour prévenir la demande ou la faire échouer (L. 12 § 1, *Quib. mod. pign.*, XX, 6) ; en second lieu, le demandeur ne poursuit pas la chose comme sienne, le délaissement ne lui en donne que la *nuda possessio* et ne lui permet de la garder qu'à titre de garantie, d'où l'on conclut que tant qu'il n'a pas vendu la chose, ceux qui ont des droits sur elle peuvent la lui enlever en le désintéressant (L. 66 pr., *De evict.*, XXI, 2).

A qui compète l'action hypothécaire. — La règle générale est qu'on la donne à tout créancier qui, ayant un droit de gage ou d'hypothèque valable, n'est point en possession de la chose grevée (L. 13 § 3, *De pign. et hyp.*). Peu importe du reste que ce droit dérive d'une con-

(1) Nous n'avons pas la formule de l'action quasi-servienne. Mais en général les interprètes la construisent comme il suit : *Si paret eam rem, qua de agitur, ab illo cujus in bonis tum fuit A° A° pignori hypothecæve propter mutuam pecuniam obligatam esse, neque eam pecuniam solutam aut ejus nomine satisfactum fuisse, neque per A^m A^m stare quo minus solvatur satisve fiat, nisi arbitratu tuo N^s N^s aut rem A° A° restituat aut pecuniam solvat, quanti ea res erit, tantam pecuniam N^m N^m A° A° condemna.* Cette formule fait très bien ressortir l'identité du gage et de l'hypothèque en ce qui concerne l'action hypothécaire (§ 7 *sup.*). Elle a également le mérite de mettre en relief plusieurs des caractères essentiels de cette action : elle nous la montre *in factum* (L. 11 § 1, *De pign. et hyp.*, XX, 1), réelle (L. 17, *De pign. et hyp.* — L. 18, C., *De pign. et hyp.*, VIII, 14), et arbitraire (Inst., § 31, *De act.*). Mais d'autre part, si l'on réfléchit qu'en règle générale une *intentio* ne contient que ce qui doit être prouvé par le demandeur, il y a une

vention ou d'une autre cause. Je me bornerai ici à deux observations fort simples : 1° le gagiste n'aura pas souvent besoin de recourir à l'action hypothécaire ; car régulièrement il possède la chose, et si elle vient à lui échapper, il peut user des interdits possessoires (nos 214 et 285 *in fine*); 2° en principe, et à raison du caractère accessoire de l'hypothèque, l'action hypothécaire ne doit point être délivrée avant l'échéance de la dette. Marcien nous en donne la preuve en disant que le pacte *de non petenda pecunia intra annum* est réputé s'appliquer aussi à l'hypothèque (L. 5 § 1, *Quib. mod. pign.*, XX, 6) (1).

Contre qui compète l'action hypothécaire. — Puisque l'hypothèque constitue un *jus in re*, une véritable obligation qui grève la chose et non la personne, il n'y a pas à rechercher si le défendeur est propriétaire du bien hypothéqué ni s'il est personnellement tenu de la dette : c'est assez qu'il possède. D'autre part, puisque l'action hypothécaire ne tend qu'à obtenir le délaissement de la chose grevée, pour être désigné comme défendeur à cette action, il est nécessaire de posséder. Nous aboutissons donc à ces deux règles : l'action hypothécaire n'est donnée que contre celui qui détient la chose hypothéquée, mais elle est donnée contre quiconque la détient (L. 13 § 3 ; L. 16 § 3, *De pign. et hyp.*, XX, 1).

822. — *De la preuve.* — Avant tout, dit Marcien, le demandeur doit

partie de cette même formule qui peut inspirer des doutes, c'est celle qui commence aux mots *neque eam pecuniam*, et qui finit par ceux-ci *satisve fiat*. Quoi qu'il en soit à cet égard, il est certain que l'action servienne proprement dite avait sa formule à elle, où devait être relevée la circonstance particulière de l'introduction des objets engagés sur le fonds. Il est également certain que le modèle donné plus haut ne pouvait pas toujours convenir à l'action hypothécaire elle-même. Voici notamment trois cas où le préteur devait nécessairement le modifier : 1° l'hypothèque ne résulte pas d'une convention; 2° le débiteur a affecté d'une manière générale tous ses biens présents et à venir, et la demande s'applique à des choses qui ne lui ont été acquises que depuis la convention; 3° on se trouve dans un des cas exceptionnels où le préteur fait respecter, malgré sa nullité originaire, l'hypothèque consentie *a non domino* (n° 286).

(1) Bien des interprètes distinguent entre le gage et l'hypothèque, et admettent qu'en cas de gage l'action hypothécaire peut être exercée *ante diem*, parce que le gagiste a droit à la possession. Cette opinion se fonde sur une décision d'Ulpien qui autorise le propriétaire bailleur à poursuivre le *pignus* avant l'exigibilité de la *pensio* ou *merces* (L. 14 pr., *De pign. et hyp.*). Il est difficile de dire au juste quelle est l'hypothèse prévue par Ulpien. Mais de deux choses l'une : ou il songe à un bail de maison, et alors il vise l'hypothèque tacite dont sont affectés les meubles qui garnissent les lieux loués; où il songe à un bail rural, et alors il se réfère à l'hypothèque conventionnelle qui grève les meubles apportés sur le fonds. Dans ces deux suppositions, ce n'est pas d'un gage, mais d'une hypothèque qu'il

prouver qu'une convention d'hypothèque a été faite et qu'à ce moment le constituant avait la propriété des biens grevés, ou agissait avec le consentement du propriétaire (L. 23, *De prob.*, XXII, 3) (1). Mais comme il n'y a pas d'accessoire sans principal, et notamment pas d'hypothèque sans obligation personnelle, ces deux preuves n'ont de signification et d'effet qu'autant que la créance elle-même n'est pas contestée : le demandeur doit donc, s'il y a lieu, établir qu'il est devenu créancier (L. 10, C., *De pign. act.*, IV, 24). De sorte qu'en résumé la preuve qui lui incombe porte sur trois points, savoir, son titre de créance, la convention d'hypothèque, et le droit de disposition du constituant. Ces preuves faites, le succès de la demande n'est pas nécessairement assuré. L'*intentio* peut être détruite par plusieurs moyens dont la preuve incombe au défendeur qui les fait valoir. Voici les principaux : 1° l'hypothèque est nulle parce que le constituant, quoique propriétaire, était incapable d'aliéner; 2° l'hypothèque a existé, mais elle s'est éteinte par voie principale, par exemple par la *longi temporis præscriptio ;* 3° le créancier a été payé ou a reçu satisfaction, c'est-à-dire que d'une manière ou d'une autre, gratuitement ou à titre onéreux, il a renoncé ou à sa créance ou simplement à son hypothèque (L. 5 pr., §§ 2 et 3, *Quib. mod. pign.*, XX, 6. — L. 49, *De sol.*, XLVI, 3) (2) ; 4° enfin le créancier a refusé ou refuse d'accepter le payement, en d'autres termes il est en demeure (L. 11 § 4, *Qui pot.* — L. 3, C., *De licit. pign.*, VII, 31). — Outre ces moyens de défense

s'agit ici, et par conséquent le texte ne contient pas la conclusion qu'on en veut tirer. Quant à moi, la décision d'Ulpien me paraît toute spéciale au cas qu'elle prévoit, et s'il était prouvé qu'elle se rapportât à un bail rural, je l'entendrais de l'interdit Salvien plutôt que de l'action hypothécaire. D'autres interprètes enseignent que, même en cas de simple hypothèque, le créancier peut agir *ante diem;* pour cela, ils se fondent non seulement sur le texte d'Ulpien, mais aussi sur une décision de Marcien à l'égard de laquelle je m'expliquerai dans un instant (L. 13 § 5, *De pign. et hyp.* — n° 823).

(1) Il faut élargir un peu le langage de Marcien. Le demandeur prouvera, s'il y a lieu, non pas une convention d'hypothèque, mais la naissance d'une hypothèque tacite. De même, s'il agit en vertu d'une convention affectant d'une manière générale les biens présents et à venir, il lui suffira d'établir que la chose est entrée dans le patrimoine du débiteur depuis le jour de la convention.

(2) La satisfaction dont il s'agit ici est exactement identique à celle qui donne ouverture à l'action *pignoratitia directa* (n° 599). On remarquera du reste que le créancier n'est pas réputé satisfait par cela seul qu'il a obtenu condamnation sur l'action personnelle, et cela encore qu'il ait agi contre un *defensor* et en conséquence obtenu la *cautio judicatum solvi :* il faut toujours que la condamnation ait été acquittée (L. 13 § 4, *De pign. et hyp.*).

qui forment le droit commun en matière hypothécaire, nous rencontrons ici deux exceptions tout à fait spéciales : 1° lorsque le défendeur est lui-même créancier hypothécaire et que son hypothèque est antérieure à celle du demandeur, il triomphe à l'aide d'une exception fondée sur sa priorité, de même que s'il était demandeur il repousserait par une réplique l'exception que son adversaire tirerait de sa propre qualité de créancier hypothécaire (L. 12 pr., *Qui pot.*); 2° en supposant que l'action ne soit intentée ni contre le débiteur lui-même, ni contre un possesseur de mauvaise foi, le défendeur peut, sous la condition d'offrir le payement, exiger la cession des actions de son adversaire : on lui donne, à cet effet, une exception *doli mali* ou *cedendarum actionum* (L. 19, *Qui pot.*) (1).

Résultats de l'action hypothécaire. — L'*intentio* une fois prouvée, si le défendeur ne réussit pas à la détruire ou à la paralyser, le juge lui ordonne de restituer la chose ou de payer la dette (Inst., § 31, *De act.*). Pour être complète, la restitution doit comprendre avec la chose principale tous les accessoires soumis à l'hypothèque ; et de même le payement doit comprendre tout ce qui est garanti par l'hypothèque, aussi bien donc les intérêts que le capital, et même les intérêts dus naturellement en vertu d'une simple convention (L. 11 § 3, *De pign. act.*, XIII, 7).

L'ordre du juge n'étant point exécuté, d'après quelles règles la condamnation va-t-elle être fixée ? Si d'abord nous supposons que le dol du défendeur a rendu la restitution de la chose impossible, Marcien décide, sans distinguer contre qui l'action est intentée, que la condamnation doit, comme dans les autres actions *in rem*, être déterminée avec serment par le demandeur lui-même (L. 16 § 3, *De pign. et hyp.*). Celui-ci profite donc du dol de son adversaire, et cela lui crée un intérêt évident à user de l'action réelle de préférence à l'action personnelle. Ce cas écarté, et il est certainement rare, nous trouvons dans un texte d'Ulpien (L. 21 § 3, *De pign. et hyp.*) la distinction suivante : si l'action est intentée contre le débiteur lui-même, la condamnation ne dépasse jamais le montant des sommes garanties par

(1) Je laisse de côté les exceptions qui n'ont rien de spécial à notre matière. Ainsi le défendeur qui possède de bonne foi, et à plus forte raison celui qui est propriétaire, peuvent, par une exception de dol, se faire rembourser ou le montant de leurs dépenses utiles, ou la plus-value qu'elles ont produite (L. 29 § 2, *De pign. et hyp.*). De même tout possesseur obtient le montant de ses dépenses nécessaires.

l'hypothèque, car là aussi s'arrête l'intérêt du demandeur (1). Si, au contraire, l'action est intentée contre tout autre possesseur, la condamnation peut être plus forte, c'est-à-dire s'élever jusqu'à la valeur même de la chose. Voilà une décision qui tout d'abord étonne : aussi, pour lui donner une signification raisonnable, il faut la restreindre au cas où en fait l'intérêt du demandeur se mesure à cette valeur. Cette restriction est tout à fait favorisée par le texte d'Ulpien. Dans l'espèce, en effet, ce n'est pas d'un simple créancier hypothécaire qu'il s'agit, mais d'un gagiste. Nous avons donc devant nous un demandeur qui, par contrat, s'est obligé à garder et à surveiller la chose. Or, par hypothèse, il l'a perdue, et de cette perte il est responsable envers le débiteur qui a constitué le gage. Si donc on l'autorise à demander une condamnation égale à la valeur de la chose, c'est afin que lui-même puisse restituer l'excédant de cette valeur sur sa créance. La nécessité de cette restitution est formellement exprimée par Ulpien. Du reste, même en nous plaçant dans le cas d'une simple hypothèque, nous pouvons supposer que le créancier a vendu la chose grevée avant d'en être nanti : or cette vente l'oblige à faire la tradition, sinon à indemniser l'acheteur, et cette indemnité comprend évidemment toute la valeur de la chose ; il peut donc et il doit l'obtenir du défendeur à l'action hypothécaire. En résumé, comme on le voit, pour que la condamnation dépasse le montant des sommes dues, il faut qu'à l'intérêt résultant de sa qualité de créancier, le demandeur joigne un autre intérêt ; et il convient d'ajouter que, puisque l'obligation du défendeur se borne à délaisser, la condamnation ne peut en aucun cas excéder la valeur de la chose hypothéquée et de ses accessoires ; elle peut donc rester au-dessous du chiffre de la créance (2).

(1) En présence de cette décision, confirmée d'ailleurs par un texte de Marcien (L. 16 § 6, *De pign. et hyp.*), on se demande quel est ici l'avantage de l'action réelle sur l'action personnelle. La réponse est fort simple : dans toute action réelle en effet, le defendeur doit, avant la *litis contestatio*, fournir des fidéjusseurs qui garantissent le payement de la condamnation : dans l'action personnelle, en principe, il n'en fournit pas. J'ajoute que dans le dernier état du droit classique, le demandeur qui triomphe sur l'action réelle peut obtenir la restitution par la force, toutes les fois que cela est possble.

(2) Aux développements qui viennent d'être présentés j'ajouterai trois observations : 1° Ulpien ne nous dit pas si dans l'action hypothécaire, comme dans les autres actions réelles, on distingue entre le défendeur qui refuse la restitution et celui qui par sa faute l'a rendue impossible ; faut-il donc nier que, dans le premier cas, l'estimation de la chose appartienne au demandeur lui-même ? Je ne le pense

823. Telle est la théorie générale de l'action hypothécaire. Pour la compléter, il me reste à relever quelques particularités d'une certaine importance :

1° Marcien (L. 13 § 4, *De pign. et hyp.*) dit de cette action qu'elle a ses conditions propres ; et il explique sa pensée en ajoutant qu'on répute l'action hypothécaire fondée par cela seul que le créancier n'a été ni payé ni satisfait. De là un certain nombre de décisions qui paraissent en dehors du droit commun. Voici les principales : 1° supposons une hypothèque consentie sous condition pour une dette échue ou non échue, mais dont l'existence est certaine. Tant que la condition est en suspens, le magistrat doit, selon moi, refuser l'action hypothécaire (L. 35, *De jud.*, V, 1). Que, si par erreur il l'a accordée, les principes généraux conduiraient à décider que le défendeur doit être purement et simplement absous et que le demandeur n'a rien déduit *in judicium*. Or, cette doctrine est formellement repoussée par Marcien (L. 13 § 5, *De pign. et hyp.*). L'action, dit-il, est fondée ; mais comme l'équité ne permet pas que la chose hypothéquée soit dès à présent enlevée au défendeur, il obtiendra son absolution en promettant de restituer si la condition se réalise et que la dette ne soit point payée (1). De cette façon le créancier acquerra l'action *ex stipulatu* à la place de l'action hypothécaire désormais épuisée par la *litis contestatio ;* 2° nous avons vu (n° 712) qu'en principe, lorsque les qualités de débiteur principal et de fidéjusseur se réunissent en la même personne, la fidéjussion est réputée éteinte. Cependant le gage ou l'hypothèque que le fidéjusseur avait pu fournir ne sont point libérés (L. 38 § 5, *De sol.*, XLVI, 3), et ce qui démontre clairement le carac-

pas ; 2° lorsque l'action hypothécaire a été exercée contre un possesseur qui n'est pas propriétaire, et que ce possesseur a payé la *litis æstimatio*, soit sur l'ordre du juge, soit après condamnation, une exception lui est donnée pour se faire indemniser par le débiteur qui revendique la chose (L. 20, *Fam. erc.*, X, 2. — L. 28 pr., *De pign. act.*, XIII, 7. — L. 2, *Quib. mod. pign.*, XX, 6) ; 3° le tiers détenteur qui s'est laissé condamner peut, même après avoir exécuté la condamnation, être évincé par un créancier hypothécaire postérieur à celui devant lequel il a succombé (L. 12 § 1, *Qui pot.*). Pour échapper à cette chance d'éviction, il doit se faire céder les actions du demandeur.

(1) On donnait évidemment la même décision lorsque par erreur l'action hypothécaire avait été exercée avant l'échéance de la dette. Que si la dette elle-même était conditionnelle, la convention d'hypothèque eût-elle été pure et simple, le juge ne pouvait qu'absoudre et le droit n'était point épuisé, car l'existence d'une dette, condition fondamentale de l'action, faisait défaut. C'est ce que décide le même texte de Marcien.

tère exceptionnel de cette décision, c'est que les Romains considèrent les sûretés fournies par le fidéjusseur comme garantissant sa propre obligation et non point celle du débiteur principal ; 3° nous avons vu aussi (n° 576) que, lorsqu'une femme s'est obligée comme *expromissor* contrairement au sénatus-consulte Velléien, le débiteur qu'elle a prétendu libérer n'est plus tenu que d'une action utile dite *restitutoria*. Or, si ce débiteur avait fourni une hypothèque, l'action hypothécaire continuerait d'être donnée comme action directe (L. 13 § 1, *Ad. s. c. t. Vell.*, XVI, 1). C'est donc que, même *ipso jure*, l'*expromissio* de la femme n'a pas exercé la moindre influence sur l'hypothèque ; 4° on verra bientôt que l'empereur Théodose le Jeune soumit d'une manière générale les actions, tant réelles que personnelles, à la prescription de trente ans ; cependant il admit que l'action hypothécaire resterait perpétuelle à l'égard du débiteur, ce qui s'explique assez bien par cette idée que la prescription n'équivaut ni à un payement ni à une satisfaction (L. 3 pr. ; L. 7 pr., C., *De præscr. trig. vel quadr.*, VII, 39 ; 5° enfin la même idée nous explique une importante décision de Paul (L. 30 § 1, *De exc. rei jud.*, XLII, 2). Supposons que Mævius, créancier hypothécaire non payé et qui ignore son hypothèque, devienne propriétaire de la chose grevée; et que plus tard Titius, autre créancier hypothécaire, mais d'un rang inférieur, lui demande le délaissement de la chose et l'obtienne. Mævius, découvrant son erreur, pourra-t-il à son tour agir contre Titius et se faire restituer la chose? Paul constate d'abord que l'autorité de la chose jugée ne lui sera pas valablement opposée ; car le juge a pu reconnaître l'hypothèque de Titius sans nier pour cela que Mævius en eût lui-même une, et une meilleure. Mais une objection plus sérieuse se tire de ce que Mævius est devenu propriétaire de la chose grevée ; il semble que son droit d'hypothèque ait dû s'éteindre absorbé dans son droit de propriété. Mais Paul ne s'arrête pas non plus devant cette considération, et il fait triompher Mævius comme n'ayant reçu ni payement ni satisfaction (1).

2° En principe, le créancier qui a plusieurs hypothèques pour la

(1) On sait que l'action hypothécaire subsiste nonobstant la condamnation obtenue sur une action personnelle et qu'elle survit à la transformation de l'obligation civile en obligation naturelle. Ces décisions me paraissent absolument conformes au droit commun. Cependant les jurisconsultes les rattachent aussi à l'idée générale que je viens de développer (L. 13 § 4, *De pign. et hyp.* — L. 59 pr., *Ad. s. c. t. Treb.*, XXXVI, 1).

garantie d'une même créance est libre de les exercer toutes ensemble ou de choisir. Cependant il y a une hypothèse où cette faculté cesse, aux termes d'une constitution des empereurs Septime Sévère et Caracalla (L. 2, C., *De pign. et hyp.*, VIII, 14). Supposons, en effet, que Primus ait obtenu de son débiteur deux hypothèques, l'une générale et l'autre spéciale ; supposons, en outre, que quelques-uns des biens soumis à l'hypothèque générale aient été plus tard spécialement affectés à Secundus et que celui-ci les détienne. D'après la règle que je viens de poser, Secundus est tenu de l'action hypothécaire envers Primus; mais le magistrat ne devra pas la délivrer si les biens compris dans l'hypothèque spéciale de Primus suffisent évidemment à le désintéresser. On concilie de cette façon les droits du premier créancier avec les intérêts du second.

3° En principe, le créancier peut choisir entre l'action personnelle et l'action hypothécaire ou les exercer simultanément. A cet égard, Justinien conserva le droit ancien pour tous les cas où la chose hypothéquée serait en la possession de l'un des débiteurs principaux ou accessoires. Mais il y dérogea pour le cas où elle serait entre les mains d'un tiers détenteur. Celui-ci put désormais, avant de se laisser poursuivre, exiger que le créancier épuisât ses actions contre tous ceux qui, à un titre quelconque, étaient personnellement tenus de la dette, et discutât leurs biens, cela toutefois pourvu que ces personnes fussent présentes ou comparussent dans un délai fixé par le juge (Nov. 4, cap. 2) (1).

DES ACTIONS PERSONNELLES.

SOMMAIRE : I. Observations générales. — II. De l'action *ad exhibendum*. — III. Des actions *familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum*. — IV. De l'action *rei uxoriæ*. — V. De l'action *de dolo*. — VI. De l'action *quod metus causa*. — VII. De l'action Paulienne.

I. — OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

824. Les actions personnelles, comme les actions réelles, sont ou civiles ou prétoriennes. Les actions personnelles civiles sont celles qui tendent à sanctionner des obligations reconnues par le droit civil lui-même. Or ces obligations, le plus grand nombre du moins, ayant déjà été étudiées dans leurs causes, qui sont les contrats, les quasi-contrats, les délits et quasi-délits, nous connaissons d'avance les conditions

(1.) Je rappelle que le bénéfice de discussion accordé au fidéjusseur est subordonné à la même condition (n° 568).

d'exercice et l'objet de presque toutes les actions personnelles civiles. Nous connaissons aussi les règles générales de procédure auxquelles elles sont soumises. Il ne nous reste donc qu'à étudier les conséquences particulières qui pour chacune résultent des divers caractères qu'elle cumule avec son caractère d'action personnelle, et cette étude évidemment se confond avec celle des autres classifications des actions. Néanmoins, et malgré ces motifs qui expliquent le silence absolu des Institutes sur les actions personnelles civiles, il y en a cinq sur lesquelles je crois devoir insister ici, tant à cause de leur grande importance que parce que jusqu'à présent je n'ai pas eu l'occasion d'y toucher, si ce n'est d'une manière incidente et incomplète. Ce sont les actions *ad exhibendum, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum*, et *rei uxoriæ*. Quant aux actions personnelles prétoriennes, elles servent à sanctionner les obligations que le préteur crée directement, c'est-à-dire sans exiger l'intervention d'une stipulation (nos 715 et 718). Les unes ont pour cause un fait licite : telles sont les actions *de pecunia constituta* et *de jurejurando*, déjà expliquées (nos 721 et s., n° 734 et s.); telles sont aussi, on le verra bientôt (nos 876 et s.), les actions données contre un père de famille à raison des contrats faits par une personne placée sous sa puissance. Les autres, et c'est le plus grand nombre, dérivent de faits illicites que l'on peut sans inconvénient qualifier délits ou quasi-délits prétoriens. Parmi ces dernières, plusieurs seront simplement signalées à propos des actions pénales. Quelques-unes exigent des développements complets que je donnerai dès à présent : ce sont les actions *de dolo, quod metus causa*, et Paulienne.

II. — DE L'ACTION *ad exhibendum*.

Lib. IV, tit. XVII, *De officio judicis*, § 3. — Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit si exhibeat rem is cum quo actum est; sed opus est ut etiam rei causam debeat exhibere, id est, ut eam causam habeat actor quam habiturus esset, si quum primum ad exhibendum egisset exhibita res fuisset : ideoque si inter moras usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnabitur. Præterea fructus medii temporis, id est, ejus quod post ac-

Dans l'action *ad exhibendum*, le défendeur doit exhiber non seulement la chose elle-même, mais aussi les accessoires de la chose, c'est-à-dire que le demandeur doit être placé dans la même situation que si l'exhibition avait eu lieu au moment même où l'action était intentée. Et en conséquence, le possesseur qui a usucapé la chose dans le cours de l'instance n'en sera pas moins condamné. En outre, les fruits du temps in-

ceptum ad exhibendum judicium ante rem judicatam intercessit, rationem habere debet judex. Quod si neget is cum quo ad exhibendum actum est, in præsenti exhibere se posse, et tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat se restituturum. Quod si neque statim jussu judicis rem exhibeat, neque postea exhibiturum se caveat, condemnandus est in id quod actoris inter erat ab initio rem exhibitam esse

termédiaire, c'est-à-dire du temps qui s'est écoulé entre la demande et le jugement, doivent être pris en considération par le juge. Que si le défendeur, alléguant ne pouvoir exhiber sur-le-champ, demande un délai à cet effet, et que cette demande paraisse exempte de fraude, le délai doit lui être accordé pourvu qu'il donne caution de restituer. Mais s'il n'exhibe pas immédiatement sur l'ordre du juge et qu'en même temps il refuse de garantir l'exhibition ultérieure, il doit être condamné dans la mesure de l'intérêt que le demandeur avait à obtenir une exhibition immédiate.

825. Le nom même de l'action *ad exhibendum* nous montre qu'elle tend à obtenir l'exhibition d'une chose, et je dirai tout à l'heure quelle est ici la signification exacte du mot exhibition. Cette action remonte certainement à l'époque des Douze Tables (Inst., § 29, *De div. rer.*, II, 1. — L. 7 § 10, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1). Ulpien nous en indique l'origine en ces termes brefs: *maxime propter vindicationes inducta est* (L. 1, *Ad exhib.*, X, 4). Pour comprendre sa pensée, rappelons-nous que dans les matières réelles, la procédure du *sacramentum* ne pouvait s'accomplir qu'en présence de la chose litigieuse ou d'un fragment de cette chose (n° 742). Dès lors, le détenteur n'avait qu'à la cacher obstinément pour rendre la revendication impossible, et c'est afin de prévenir ou corriger ce résultat que l'action *ad exhibendum* fut introduite : elle dut, s'il y avait lieu, servir de préliminaire à l'action réelle, et au besoin, nous le verrons bientôt, y suppléer. Le fait de la détention fut donc considéré comme engendrant l'obligation de n'apporter aucun obstacle à l'exercice des actions réelles relatives à la chose détenue ; et voilà pourquoi, malgré son but, l'action *ad exhibendum* nous apparaît essentiellement personnelle, et par conséquent n'impose jamais au demandeur la preuve de son droit de propriété (L. 3 §§ 1 et 3, *Ad exhib.*, X, 4). Je n'ai pas besoin d'ajouter que le système formulaire lui enleva sa raison d'être originaire, et que, si elle se maintint, ce fut pour d'autres motifs. Ces données générales bien comprises, la théorie de l'action *ad exhibendum* est assez simple.

De l'objet de l'action ad exhibendum. — Elle paraît ne s'être jamais appliquée qu'aux choses mobilières (L. 38, *De jud.*, V, 1), et cela par une conséquence toute naturelle du motif qui l'avait fait établir; car on ne dissimule pas des immeubles.

Des personnes qui peuvent agir ad exhibendum. — De tout temps, et à raison même de son but, cette action appartint aux personnes investies d'une action réelle quelconque (L. 3 §§ 3 et 12, *Ad exhib.*), et il est assez vraisemblable que dans le principe elle n'appartint pas à d'autres personnes (1). Mais la théorie classique nous apparaît beaucoup plus large, et la compilation de Justinien nous montre en plus d'un cas l'action *ad exhibendum* exercée comme préliminaire d'une action personnelle. Supposons par exemple qu'un de vos esclaves ait commis un délit contre moi : soit que je veuille le faire mettre à la torture pour l'amener à dénoncer ses complices, soit que je ne puisse le désigner par son nom et que cependant je me propose de vous poursuivre par voie d'action noxale, j'agirai d'abord *ad exhibendum* afin d'obtenir, dans le premier cas, l'exhibition du délinquant, et dans le second cas, celle de tous vos esclaves. Notre action se rencontre également comme préliminaire d'un interdit possessoire (L. 3 §§ 5 et 7; L. 20, *Ad exhib.*). En résumé donc, on peut dire qu'elle compète à toute personne intéressée à en user afin de rendre possible l'exercice ou le succès d'une action ultérieure qui est le but final du demandeur et que pour cela on appelle *directa* (T. II, page 939, note 1) (2).

Contre qui compète l'action ad exhibendum. — Deux sortes de personnes sont soumises à cette action : ce sont d'abord toutes celles qui possèdent ou détiennent, et plus généralement celles qui sont en mesure d'exhiber la chose (L. 3 § 15; LL. 4 et 5 pr., *Ad exhib.*). Ce sont, en second lieu, celles qui par dol ont rendu l'exhibition impossibls (L. 9 pr., §§ 3 et 4, *Ad exhib.* — L. 5, C., *Ad exhib.*, III, 42). Par ces deux règles, l'action *ad exhibendum* ressemble beaucoup à la revendication. L'analogie s'accuse encore en ce que l'obligation du détenteur ne se transmet point à son héritier, celui-ci n'étant jamais tenu qu'à raison de sa propre possession ou de son dol personnel (L. 8;

(1) Cette conjecture ne s'appuie pas seulement sur le motif que j'ai assigné à la création de l'action *ad exhibendum;* elle peut seule expliquer le langage de certains textes (L. 3 §§ 10 et 14, *Ad exhib.*).

(2) Un intérêt quelconque, même un intérêt pécuniaire, ne suffit donc pas à autoriser l'exercice de l'action *ad exhibendum*. Mais là où elle n'est pas possible, on la remplace quelquefois par une action *in factum* (L. 23 § 5, *De rei vind.*, VI, 1. — L. 3 § 14, *Ad exhib.*).

L. 12, § 6, *Ad exhib.*). Remarquons d'ailleurs qne puisque notre action n'implique pas chez le demandeur un droit de propriété, par cela même elle compète quelquefois contre une personne qui n'est pas tenue de la *rei vindicatio* (1).

826. *De la preuve.* — Le demandeur n'est pas tenu de prouver l'existence du droit qu'il a l'intention de déduire dans l'action directe; c'est assez qu'il en établisse la vraisemblance, mettant ainsi hors de doute l'intérêt qui le détermine à demander l'exhibition (L. 3 §§ 9 et 11, *Ad exhib.*). Quant au défendeur, ne peut-il pas à son tour proposer la preuve des exceptions qu'il opposerait à l'action directe? Oui, mais le juge, nous dit Ulpien (L. 3 § 13, *Ad exhib.*), n'en tient compte qu'autant qu'elles ont pour elles l'évidence ou tout au moins n'exigent pas de longs débats. Cependant il y en a quelques-unes qui doivent toujours être examinées; ce sont notamment les exceptions *pacti conventi, doli mali, jurisjurandi, rei judicatæ*, et je serais porté à croire que tel est aussi le cas des autres exceptions péremptoires qui figurent dans l'édit; car, si elles sont fondées, elles détruisent l'intérêt allégué par le demandeur (2). Pour ce même motif, et malgré le silence d'Ulpien, il me semble que l'examen des moyens de défense tirés du fond ne doit jamais être renvoyé au juge de l'action directe.

Du résultat de l'action ad exhibendum. — Cette action, c'est là une nouvelle ressemblance entre elle et les actions réelles, est arbitraire (Inst., § 31, *De act.*, IV, 6). Si donc le juge la reconnaît fondée, il intime au défendeur l'ordre d'exhiber, et l'exhibition ne se borne pas à représenter matériellement la chose, elle doit procurer au demandeur la situation que lui eût faite une satisfaction obtenue au moment même de la *litis contestatio*, notamment le mettre en mesure d'exercer les actions qui lui compétaient alors (L. 2; L. 9 §§ 5 et 6, *Ad exhib.*). Donc le défendeur a-t-il pendant l'instance achevé l'usucapion de la chose, il doit je ne dis pas en transférer la propriété au

(1) Supposons, en effet, que j'aie adjoint de bonne foi votre chose à la mienne. Par exemple, j'ai incorporé votre pourpre à mon habit ou vos planches à mon navire. La revendication vous est interdite, parce que juridiquement votre chose n'existe plus. Mais comme je puis l'exhiber en la séparant préalablement de la chose principale dont elle fait aujourd'hui partie, on vous donne l'action *ad exhibendum* (L. 7 §§ 1 et 2, *Ad exhib.* — N° 255).

(2) Ces exceptions me paraissent n'avoir pas besoin d'être insérées dans la formule de l'action *ad exhibendum*. Elles y ont, en effet, toute la valeur de moyens tirés du fond. J'ai intérêt, dit le demandeur, à obtenir l'exhibition; vous n'y avez aucun intérêt, réplique le défendeur. La contradiction entre deux propositions ne saurait être plus formelle.

demandeur, mais consentir à la délivrance d'une revendication dont très probablement la formule est *fictitia* (§ 3 *sup.* — L. 9 § 6, *Ad exhib.*). Maintenant, de deux choses l'une : ou l'ordre du juge est exécuté, et alors le défendeur est absous (1), mais le demandeur conserve la ressource de l'action directe (L. 38 pr., *De pec.*, XV, 1. — L. 1, § 32, *Dep.*, XVI, 3. — L. 1 pr., *De priv. del.*, XLVII, 1). Ou au contraire l'ordre du juge n'est point exécuté, et ici il y a lieu à une condamnation dont en principe les éléments se déterminent et se mesurent d'après les mêmes règles que dans la revendication (§ 3 *sup.* — L. 5 §§ 2 ; L. 9 §§ 7 et 8, *Ad exhib.* — L. 2, *De in lit. jur.*, XII, 3). Cette condamnation, qu'on le remarque bien, a pour effet de rendre le recours à l'action directe à la fois inutile et non recevable. Et voilà pourquoi j'ai pu dire que l'action *ad exhibendum* supplée quelquefois à la revendication. L'ensemble des textes classiques concourt même à prouver que ce fut là sous le système formulaire sa fonction la plus pratique, et que l'on en usait principalement dans les cas où la restitution de la chose était devenue impossible par le dol du défendeur. Le demandeur obtenait ainsi les avantages de la revendication, sans avoir à fournir la preuve de son droit de propriété.

III. — DES ACTIONS *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *finium regundorum*.

Lib. IV, tit. VI, *De actionibus*, § 20. — Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam : qualis est familiæ erciscundæ actio, quæ competit coheredibus de dividenda hereditate ; item communi dividundo, quæ inter eos redditur inter quos aliquid commune est, ut id dividatur ; item finium regundorum, quæ inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur

Certaines actions paraissent avoir un caractère mixte, à la fois réel et personnel. Telles sont l'action *familiæ erciscundæ*, qui compète entre cohéritiers pour obtenir le partage de l'hérédité ; l'action *communi dividundo*, qui se donne entre copropriétaires pour faire partager une chose indivise, et l'action *finium regundorum*, qui a lieu entre propriétaires de fonds ruraux limitrophes. Dans ces trois actions, le juge

(1) Lorsque l'exhibition est momentanément impossible, le juge peut néanmoins absoudre le défendeur en lui faisant fournir une *cautio* (§ 3 *sup.*). Ce mot un peu vague ne désigne-t-il ici qu'une simple promesse ? ou implique-t-il une promesse accompagnée de satisdation ? L'analogie de notre action avec la *rei vindicatio* rend cette seconde opinion beaucoup plus plausible (n° 808).

judici rem alicui ex litigatoribus ex bono *et æquo* adjudicare, et, *si unius* pars prægravare videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.

Lib. IV, tit. XVII, *De officio judicis*, § 4. — Si familiæ erciscundæ judicio actum sit, singulas res singulis heredibus adjudicare debet; et si in alterius persona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem coheredi certa pecunia, sicut jam dictum est, condemnare. Eo quoque nomine coheredi *quisque suo* condemnandus est, quod solus fructus hereditarii fundi perceperit, aut rem hereditariam corruperit aut consumpserit. Quæ quidem similiter *inter plures quoque* quam duos coheredes subsequuntur.

§ 5. — Eadem interveniunt, et si communi dividundo de pluribus rebus actum fuerit. Quod si de una re, veluti fundo, si quidem iste fundus commode regionibus divisionem recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet, et, si unius pars prægravare videbitur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est; quod si commode dividi non possit, veluti homo *forte, aut mulus erit*, de quo actum est, tunc totus uni adjudicandus est, et is invicem alteri certa pecunia condemnadus.

§ 6. — Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet judex an necessaria sit adjudicatio : quæ sane uno casu necessaria est, si eviden-

peut faire conformément à l'équité des adjudications aux parties, et si le lot de l'une paraît trop fort, la condamner par réciprocité à payer une certaine somme d'argent à l'autre.

Dans l'action *familiæ erciscundæ* chaque objet doit être adjugé à l'un des héritiers ; et celui qui reçoit des adjudications trop considérables doit en retour, ainsi qu'on l'a déjà dit, être condamné à payer une certaine somme à son cohéritier. Pareillement, l'héritier qui a seul perçu les *fruits d'un fonds héréditaire ou qui* a dégradé ou détruit un bien de l'hérédité, doit à ces divers titres être condamné envers son cohéritier. Des règles semblables sont observées lorsqu'il y a plus de deux héritiers.

Ces règles s'appliquent également dans l'action *communi dividundo*, lorsqu'elle a pour objet plusieurs choses. Que si elle se restreint à une seule chose, par exemple à un fonds, et que ce fonds soit commodément partageable, une part doit être adjugée à chaque copropriétaire, et dans le cas où la part de l'un serait trop forte, il doit être condamné *à payer une somme d'argent* à l'autre. Que si le partage ne peut pas se faire commodément, par exemple s'il s'agit d'un esclave ou d'un mulet, alors la chose doit être adjugée tout entière à l'un des copropriétaires, mais en revanche il y a lieu de le condamner à payer une somme d'argent à l'autre partie.

Dans l'action *finium regundorum* le juge doit examiner si une adjudication est nécessaire, et elle ne l'est que dans un cas, savoir lorsqu'il y a

tioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti; nam tunc necesse est ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari, quo casu conveniens est ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine damnandus est quisque hoc judicio, quod forte circa fines aliquid malitiose commisit, verbi gratia, quia lapides finales furatus est, vel arbores finales cecidit. Contumaciæ quoque nomine quisque eo judicio condemnatur, veluti si quis, jubente judice, metiri agros passus non fuerit.

avantage à remplacer les bornes anciennes par des bornes plus apparentes. Alors, en effet, il est nécessaire qu'une portion de l'un des deux fonds soit adjugée au propriétaire de l'autre fonds, et en conséquence celui-ci doit être condamné à payer à son voisin une certaine somme d'argent. Pareillement, le juge de cette action doit condamner la partie qui aurait commis quelque dol relativement aux limites, qui, par exemple, aurait volé les pierres ou coupé les arbres servant de bornes. Enfin, dans cette action, une condamnation peut encore résulter de la désobéissance au juge, par exemple s'il ordonne le mesurage des fonds et que l'une des parties s'y oppose.

§ 7. — Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum sit, id statim ejus fit cui adjudicatum est.

La chose qui dans l'une de ces actions a été adjugée à l'une des parties devient immédiatement sa propriété.

827. Avant d'expliquer pourquoi je réunis ici ces trois actions, que les interprètes ont l'habitude d'appeler actions divisoires, je dois compléter les indications déjà données relativement à leur objet et aux personnes entre qui elles compètent (nos 248, 361, 629, 658).

Les actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo* dérivent de cette règle d'ordre public, que nul n'est tenu de rester dans l'indivision. Elles ont donc pour objet le partage de biens communs. L'action *familiæ erciscundæ* fut certainement consacrée par les Douze Tables (L. 2 pr., *Fam. ercisc.*, X, 2). Faut-il en dire autant de l'action *communi dividundo?* Je le pense, car il est difficile de croire que le principe qu'elle sanctionne ne fût pas dès lors admis dans toute son étendue.

L'action *familiæ erciscundæ* suppose essentiellement que l'indivision résulte de l'arrivée de plusieurs personnes à une même hérédité. Elle ne se donne donc qu'entre cohéritiers et relativement aux choses héréditaires. Mais cette règle comporte l'interprétation la plus large. J'entends donc ici par cohéritiers non seulement ceux qui peuvent se

dire héritiers dans le sens technique du mot, c'est-à-dire selon le droit civil, mais aussi tous les successeurs universels que le droit honoraire ou le droit civil lui-même assimilent à des héritiers, tels sont notamment les *bonorum possessores* et les fidéicommissaires qui ont reçu la restitution *ex Trebelliano* (L. 2 pr.; L. 24 § 1; L. 40, *Fam. ercisc.*). Toutes ces personnes sont investies et tenues de notre action (1). Quant aux choses héréditaires, ce ne sont pas simplement celles dont le défunt avait la propriété quiritaire; ce sont encore les fonds provinciaux dont il était légitime possesseur, les choses dont il avait commencé l'usucapion ou qui, lui étant dues, n'ont été livrées qu'à ses héritiers, et pareillement celles sur lesquelles il avait un droit de gage, d'emphytéose ou de superficie (LL. 9, 10, 29, *Fam. ercisc.*) (2).

L'action *communi dividundo* se donne d'abord, et c'est là son domaine spécial, entre tous copropriétaires qui ne sont pas en même temps cohéritiers, et cela sans distinguer si l'indivision se rattache à un contrat de société ou à toute autre cause (L. 2 pr., *Comm. div.*, X, 3). Mais ce qui est plus remarquable, les cohéritiers eux-mêmes peuvent l'exercer de préférence à l'action *familiæ erciscundæ* (L. 44 pr., *Fam. ercisc.* — L. 34, *Pro. soc.*, XVII, 2) (3). Au lieu donc de se restreindre, comme cette dernière, à un ordre déterminé d'hypothèses, elle est pleinement indépendante de la cause de l'indivision, elle s'applique entre tous copropriétaires, et ce mot, comme tout à l'heure le mot cohéritiers, doit s'entendre largement. Ainsi l'action *communi divi-*

(1) Régulièrement, l'action *familiæ erciscundæ* n'appartient pas à de simples créanciers. Cependant on la donne comme action utile à celui qui réclame la quarte Antonine, et cela sans doute parce qu'il s'agit alors d'une créance qui a pour objet une quote-part en nature des biens héréditaires (n° 112). Pour le même motif et toujours *utilitatis causa*, il est fort possible que les Proculiens l'accordassent aussi au légataire partiaire. Si précédemment j'ai paru m'exprimer en sens contraire, c'est que je n'avais en vue que l'action directe (n° 392).

(2) Certaines choses héréditaires sont exclues de l'action *familiæ erciscundæ*. Ce sont d'abord les livres prohibés, certaines préparations pharmaceutiques, et en général toutes les choses dont la loi ordonne la destruction; ce sont aussi celles dont l'acquisition a son origine dans un délit ou dans un crime (L. 4 §§ 1 et 2, *Fam. erc.*).

(3) Cela ne veut pas dire que l'action *familiæ erciscundæ* ne soit pas ordinairement plus avantageuse. Partons, en effet, de cette idée que la *demonstratio* de toute action en partage doit indiquer les objets sur lesquels porteront les pouvoirs du juge. Or dans l'action *familiæ erciscundæ* cette indication est générale, elle se réfère à l'hérédité tout entière; au contraire, dans l'action *communi dividundo*, du moins dans son application à notre hypothèse, elle ne peut consister qu'en une énumération détaillée. Et de là les deux conséquences suivantes : 1° tandis que

dundo compète entre possesseurs investis de la Publicienne, entre usufruitiers ou usagers, entre emphytéotes, entre gagistes et de même entre un gagiste et le copropriétaire de celui qui a constitué le gage. Mais évidemment elle n'a que le caractère d'une action utile, toutes les fois qu'elle s'exerce entre personnes qui n'ont pas l'une et l'autre un véritable droit de propriété (L. 13 § 3, *De usuf.*, VII, 1) (1).

De l'objet même des actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo*, il ressort qu'un partage amiable et même un simple contrat de partage les excluent (L. 3, C., *Comm. utr. jud.*, III, 38) (2). Il en ressort aussi qu'elles s'appliquent essentiellement à des choses corporelles. Car les créances et les dettes ne comportant pas l'état d'indivision, il n'y a jamais lieu de les partager (L. 4 pr., *Fam. ercisc.* —

le juge de l'action *familiæ erciscundæ* doit partager toutes les choses héréditaires, le juge de l'action *communi dividundo* laisse forcément dans l'indivision celles sur lesquelles la formule est restée muette (L. 25 § 20, *Fam. erc.*); 2° parmi les obligations respectives des parties, le juge de l'une et de l'autre action fait exécuter celles qui se rattachent directement à l'indivision ; mais celles qui tiennent à la cause même de l'indivision et ne s'expliquent que par la qualité des cohéritiers ne sont prises en considération que dans l'action *familiæ erciscundæ*.

(1) La différence de cause qui sépare entre elles les actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo* nous rend compte de deux différences secondaires : 1° lorsqu'avant toute *litis contestatio* l'un des cohéritiers aliène sa part indivise dans un objet de la succession, cet objet ne peut plus être partagé par l'action *familiæ erciscundæ*, mais seulement par l'action *communi dividundo ;* car l'acquéreur, qui désormais a seul qualité pour figurer au partage, n'est pas le cohéritier de ses copropriétaires (L. 54, *Fam. ercisc.*). Supposons au contraire une telle aliénation faite dans un cas où l'indivision ne résultait pas *ex causa hereditaria*, l'action *communi dividundo* reste tout aussi admissible après qu'avant ; il n'y a de changé que la personne de l'un des copartageants (L. 1, C., *Comm. div.*, III, 37) ; 2° lorsque par erreur ou négligence le juge de l'action *familiæ erciscundæ* n'a pas partagé tous les biens héréditaires, le partage du surplus ne peut être demandé, en règle générale, que par l'action *communi dividundo*. L'action *familiæ erciscundæ* ne s'exerce donc pas deux fois relativement à la même hérédité, et cela parce qu'en agissant une première fois, les cohéritiers ont épuisé les droits attachés à cette qualité et que désormais ils ne sont plus copropriétaires à titre universel (L. 20 § 4, *Fam. ercisc.*). Tout au contraire, l'action *communi dividundo*, bien que déjà exercée, peut être reprise relativement aux choses que le premier juge a omis de partager, et un tel résultat ne doit pas, nonobstant l'autorité d'Ulpien, s'expliquer simplement par le caractère de bonne foi de cette action (L. 4 § 2, *Comm. div.*); car l'action *familiæ erciscundæ*, elle aussi, est de bonne foi. On remarquera, en outre, que lorsque les cohéritiers ont d'abord usé de l'action *communi dividundo* pour partager certains biens héréditaires, l'action *familiæ erciscundæ* continue de leur appartenir pour le surplus, puisqu'ils sont encore dans l'indivision à titre d'héritiers (L. 44 pr., *Fam. ercisc.*).

(2) Cependant le texte que je cite paraît admettre que, lorsque le partage amiable lèse une des parties, elle peut se faire restituer *in integrum*, et ensuite provoquer un partage judiciaire.

L. 1, *Comm. div.*). L'importance de ce principe apparaît tout particulièrement quand il s'agit de partager une hérédité ou une société ; l'une et l'autre, en effet, ne se conçoivent guère sans quelques créances et surtout sans quelques dettes (1). Du reste, je n'entends pas dire que le juge ne puisse pas imposer à l'un des copartageants l'obligation de payer seul telle dette ou lui conférer le droit d'exiger seul telle créance. Notre principe n'a rien de contraire à ces résultats. Bien analysé, il signifie seulement deux choses : 1° là où il n'y a que des créances ou des dettes, l'action en partage ne saurait être admise (L. 25 § 1, *Fam. ercisc.* — L. 9, C., *Comm. utr. jud.*, III, 38). S'il s'agit d'une hérédité, les cohéritiers n'ont alors aucune action contre les autres, car ils n'en ont pas besoin ; s'il s'agit d'une société, les associés ont assez de l'action *pro socio ;* 2° le juge ne peut pas, de même qu'il déplace la propriété des choses corporelles, déplacer directement les créances et les dettes. A cet égard, les attributions qu'il prononce et les charges qu'il impose n'ont qu'un effet : c'est que la partie à qui elles s'adressent peut poursuivre ou être poursuivie *procuratorio nomine* du chef du véritable créancier ou du véritable débiteur (L. 4, *Fam. ercisc.*).

Passons à l'action *finium regundorum*. Elle fut établie par la loi des Douze Tables comme sanction de l'obligation de borner (Cic., *De leg.*, I, 21) (2). Cette obligation n'existe jamais qu'entre propriétaires de deux fonds voisins (*agri confines*), et elle suppose réunies les trois conditions suivantes : 1° il s'agit de *prædia rustica*, expression qui en cette matière, comme en celle des servitudes prédiales (n° 269), désigne toutes propriétés non bâties. Notre action sera donc d'un application fréquente à la campagne, rare à la ville (L. 2 pr. ;

(1) On a déjà vu qu'en matière de succession les créances et les dettes se divisent de plein droit proportionnellement aux parts héréditaires (n° 361), et qu'en matière de société elles se fixent dès le début, soit pour le tout sur la tête de celui qui contracte seul, soit pour partie sur la tête de chacun de ceux qui contractent ensemble (n° 627).

(2) Cicéron nous apprend ici que d'après les Douze Tables, l'action *finium regundorum* était jugée par trois arbitres, et que plus tard elle le fut par un seul, aux termes d'une loi *Mamilia* qui paraît se rapporter à l'an 589 de Rome. Des détails sur cette loi nous sont donnés par Aggenus Urbicus, soit dans son traité *de controversiis agrorum*, soit dans son commentaire du traité composé par Frontin sous le même titre (Ed. Lachmann, pages 12, 66, 74). D'après cette loi et déjà d'après les Douze Tables, les propriétaires voisins devaient laisser entre leurs fonds respectifs un espace libre de cinq pieds, afin de faciliter l'exploitation, et cet espace ne pouvait pas être usucapé.

L. 4 § 10, *Fin. reg.*, X, 1) (1); 2° les deux fonds voisins ne sont séparés ni par une voie publique ni par un fleuve public (L. 4, § 11 ; L. 5, *Fin. reg.*) ; 3° ils appartiennent pour le tout à des propriétaires différents. L'action *finium regundorum* n'est donc point admise à l'égard de deux fonds voisins dont l'un appartient en commun à Titius et à Seius, et dont l'autre appartient exclusivement à Titius (L. 4 § 7, *Fin. reg.*). Du reste le mot propriétaire se prend ici encore dans un sens large, et en conséquence le possesseur d'un *ager vectigalis*, l'usufruitier, le gagiste, ont qualité, soit pour défendre à l'action *finium regundorum*, soit même pour l'intenter (L. 4 § 9, *Fin. reg.*). Mais l'action que ces diverses personnes exercent ou subissent ne peut être qu'*utilis*.

828. Nos trois actions, et c'est pour cela que je n'ai pas cru devoir les séparer, se distinguent par deux caractères communs qui les rendent originales entre toutes. D'abord ce sont absolument les seules où le juge soit autorisé à faire des adjudications (Ulp., XIX § 16). De plus, elles sont mixtes. Ce second caractère, il est vrai, ne leur est pas tout à fait spécial, nous le retrouverons dans les interdits *uti possidetis* et *utrubi* (L. 37 § 1, *De obl. et act.*, XLIV, 7). Mais on ne le rencontre dans aucune autre des actions qui appartiennent à la procédure ordinaire. L'étude de ces deux caractères nous fera connaître ce qu'il y a de plus essentiel dans l'office du juge de nos trois actions et dans les résultats auxquels elles aboutissent (2).

Du pouvoir d'adjuger. — Nous avons déjà vu (n° 48) que l'adjudication consiste à attribuer à l'une des parties ce qui est la propriété de l'autre (3), et que cette attribution porte, dans les actions en partage, sur des parts indivises, et dans l'action *finium regundorum*, sur une ou plusieurs parties divises. Nous avons vu aussi (n° 760) que le pouvoir d'adjuger est expressément conféré au juge par une partie spéciale de la formule qui s'appelle elle-même *adjudicatio* (4); et j'ai à peine besoin de faire remarquer qu'il ne s'exerce, dans les actions en partage, que sur les biens communs, et dans l'action *finium*

(1) Le second texte cité nous apprend que les *prædia urbana* sont presque toujours séparés, ou, si l'on aime mieux, unis par un mur mitoyen.

(2) Pour compléter, on devra tenir compte du caractère de bonne foi des actions en partage (n° 868) et du caractère arbitraire de l'action *finium regundorum* (n° 866).

(3) Cette attribution n'a pas pour objet exclusif la propriété elle-même. Le juge peut également constituer des droits réels, tels qu'usufruits ou servitudes prédiales (*Fr. Vat.*, §§ 48 et 49. — L. 22 § 3, *Fam. ercisc.* — L. 7 § 1, *Comm. div.*).

(4) D'après l'ordre suivi par Gaius dans l'indication des diverses parties de la formule, il est vraisemblable que l'*adjudicatio* se plaçait entre l'*intentio* et la *condemnatio* (Gaius, IV, §§ 41 43).

regundorum, que sur les fonds voisins (L. 18, *Comm. div.*); car les décisions du juge ne portent jamais, je l'ai déjà dit (nº 765), que sur les objets compris dans la formule. Mais d'après quelles règles se font les adjudications, et ont-elles lieu dans tous les cas? Pour répondre à ces questions qui sont essentielles, il faut distinguer entre les actions en partage et l'action *finium regundorum*.

Relativement aux actions en partage, je pose trois régles générales : 1º l'ensemble des adjudications doit porter sur tous les objets indivis que la formule soumet au pouvoir du juge; 2º chaque partie doit obtenir une adjudication (1); 3º enfin les diverses adjudications doivent *être proportionnelles aux droits respectifs des copropriétaires* dans les biens indivis. Ces règles toutefois n'ont rien d'absolu, car le pouvoir d'adjuger s'exerce *ex bono et æquo* (§ 20 *sup.*). Et d'abord des considérations de nécessité peuvent faire qu'il n'y ait pas d'adjudication proprement dite ou qu'il n'y ait qu'un seul adjudicataire. Pour comprendre ces résultats, supposons avec les Institutes (§ 5 *sup.*) que l'indivision porte sur une seule chose dont le partage en nature soit absolument impossible ou du moins ne puisse s'opérer sans détérioration ou dépréciation. Que doit faire le juge? Il ouvre des enchères auxquelles sont toujours admis tous les copropriétaires, et même, si l'intérêt de l'un d'eux l'exige, les étrangers (L. 3, C., *Comm. div.*); puis il attribue la chose au plus offrant. Si c'est un étranger, cette attribution constitue bien moins une adjudication qu'une vente d'une espèce particulière; et si c'est un des copropriétaires, nous n'avons, comme on le voit, qu'un seul adjudicataire. Dans l'un et l'autre cas, l'indivision cesse sans que l'action aboutisse à un véritable partage; mais les parties qui perdent leur droit de copropriété le remplacent par une créance en argent sur l'acquéreur ou sur l'adjudicataire (2). Quant à la règle de l'égalité proportionnelle des adjudications, le juge

(1) Dans la composition des lots, le juge n'est astreint à aucune règle précise. Il peut ou fractionner les objets communs entre les copartageants ou attribuer à chacun des objets distincts.

(2) L'hypothèse prévue aux Institutes n'est pas la seule où de tels résultats se conçoivent. Ils peuvent également se présenter lorsque l'indivision affecte plusieurs objets tous impartageables, et cela aussi bien dans l'action *familiæ erciscundæ* que dans l'action *communi dividundo* (L. 55, *Fam. erc.*). Du reste l'on doit éviter de confondre les cas où l'adjudication est empêchée par une simple raison de fait avec ceux où une raison de droit la rend impossible. Supposons, en effet, l'action *communi dividundo* exercée entre usufruitiers ou usagers. Comment comprendre une adjudication, puisqu'il s'agit ici de droits essentiellement attachés à la personne? Le juge, au lieu de procéder à un véritable partage, est donc obligé de recourir à cer-

doit la mettre de côté toutes les fois qu'il lui est difficile ou impossible de composer en nature des lots égaux, et alors il répare l'inégalité en prononçant une condamnation à la charge de celui qui obtient une adjudication trop forte (§ 5 *sup.*). Pareillement, je crois probable que dans le cas où l'un des copropriétaires est tenu envers les autres d'une ou plusieurs obligations se rattachant à l'indivision (n° 658), le juge peut, au lieu de les sanctionner par une condamnation, se contenter de réduire le lot de l'obligé. Enfin, en nous plaçant tout spécialement dans l'hypothèse d'une action *familiæ erciscundæ*, l'un des cohéritiers peut avoir des prélèvements à exercer, soit comme légataire *per præceptionem* (n° 379), soit, s'il était soumis à la puissance paternelle du défunt, comme donataire (n° 306) ou à raison de la dot de sa femme ou de sa bru (L. 20 § 2 ; L. 51 pr., *Fam. ercisc.* — L. *unic.* § 10, C., *De rei ux. act.*, V, 13) ; or de tels droits autorisent sans difficulté une adjudication plus forte à son profit.

Les règles qui précèdent sont étrangères à l'action *finium regundorum*. Ici en effet, l'adjudication n'est qu'un accident qui, comme on le sait déjà (n° 248), ne se présente qu'en un seul cas, et le plus ordinairement il n'y a qu'un seul adjudicataire, qui est toujours condamné à payer le prix de son acquisition. Cependant on conçoit fort bien que, selon la disposition matérielle des lieux, le juge soit conduit à faire des adjudications réciproques, et alors il n'y a de condamnation que pour l'excédent de la plus forte sur la plus faible.

Quant aux effets de l'adjudication, je les résume dans les deux propositions suivantes : 1° l'adjudicataire acquiert immédiatement la propriété de la chose adjugée, propriété qui autrefois, nous l'avons vu (n° 248), était tantôt quiritaire, tantôt bonitaire, et qui sous Justinien est nécessairement quiritaire (§ 7 *sup.*). Du reste, l'adjudication, ne pouvant transférer que ce qui appartenait au propriétaire antérieur, laisse subsister tous les droits réels régulièrement établis par lui ; 2° l'adjudication emporte garantie de l'éviction (1). Aussi entre-t-il dans l'office du juge de veiller à ce que tout adjudicataire obtienne

tains expédients : par exemple, il assigne à chacun la jouissance d'une région déterminée, il décide que chaque partie aura à tour de rôle pendant un certain temps l'exercice exclusif du droit, ou encore, s'il s'agit d'un usufruit, il le loue tout entier soit à l'une des parties, soit à un tiers (L. 7 § 10 ; L. 10 § 1, *Comm. div.*).

(1) Je crois devoir signaler ici un cas tout particulier, c'est celui où un droit de gage ayant été constitué par l'un des copropriétaires sur sa part indivise, le créancier gagiste figure dans l'action *communi dividundo* et devient adjudicataire de la chose. Ici le débiteur conserve, à la condition d'acquitter sa dette, le droit d'exiger la restitution de la part qu'il a engagée, et alors le gagiste, étant désintéressé,

de ses copartageants ou du propriétaire voisin une promesse *de evictione*. Que si cette promesse a été omise, le recours s'exerce par l'action *præscriptis verbis*, et non par l'action *ex stipulatu* (L. 25 § 21, *Fam. erc.* — L. 10 § 2, *Comm. div.* — L. 14, C., *Fam. erc.*) (1).

829. *Du caractère mixte des actions en partage et en bornage.* — En qualifiant ces actions mixtes, les jurisconsultes classiques entendent que chaque partie y est tout à la fois demanderesse et défenderesse, et cela tient à la nature même des choses : en effet, l'obligation de partager ou de borner n'incombe pas moins à celui qui poursuit qu'à celui qui est poursuivi; il y a donc parité de situation entre les plaideurs, et rien ne s'opposerait au renversement de leurs roles respectifs : celui qui poursuit pourrait aussi bien être poursuivi (L. 11 § 1, *De jurisd.*, II, 1. — L. 10, *Fin. reg.* — L. 2 § 1, *Comm. div.*). Ce caractère mixte nous explique les trois règles suivantes par lesquelles nos actions s'écartent du droit commun : 1° chaque partie est obligée de prêter ici un double serment *de calumnia*, c'est-à-dire de jurer qu'elle n'obéit à l'esprit de chicane ni dans les prétentions qu'elle élève ni dans la contradiction qu'elle oppose à celles de son adversaire (L. 44 § 4, *Fam. erc.*); 2° lorsqu'il y a un *procurator* en cause, il doit fournir ensemble et la *cautio de rato* et la *cautio judicatum solvi* (L. 15 § 1, *De proc.*, III, 3); 3° enfin, ce qui est surtout essentiel, tandis que d'ordinaire une action aboutit simplement à l'absolution ou à la condamnation du défendeur, ici chaque partie doit être condamnée ou absoute (L. 27, *Fam. erc.*). Cette troisième règle exige quelques développements.

Et d'abord, si l'on donne au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre chaque partie, si tel est même son devoir, c'est qu'il n'a pas pour unique mission de procéder au partage ou au bornage : il doit aussi tenir compte de certaines obligations qui peuvent grever indifféremment l'une ou l'autre des parties. Ces obligations, dont il serait inu-

n'exerce aucun recours à raison de l'éviction qu'il subit. Toutefois, si ce n'est pas lui qui a provoqué le partage, s'il n'a fait que défendre à l'action, il peut refuser de restituer simplement la part engagée et exiger que le débiteur ou ne reprenne rien ou reprenne la chose entière en payant le prix de la part non engagée (L. 7 §§ 12 et 13, *Comm. div.*).

(1) Le recours est-il admis au profit de l'adjudicataire évincé qui a connu le danger de l'éviction? Oui, sans aucun doute, s'il a fait une stipulation *de evictione*. Mais, dans le cas contraire, une raison d'analogie nous autorise à douter; car il est certain que dans l'hypothèse d'un partage fait à l'amiable e recours ne serait pas possible (L. 7, C., *Comm. utr. jud.*, III, 38).

tile de tenter une énumération complète, sont de deux sortes. Envisageons d'abord les actions en partage. Comme on l'a déjà vu (n° 658), il peut arriver que l'un des propriétaires ait fait seul certaines dépenses dans l'intérêt de la chose commune, ou qu'à l'inverse il en ait seul retiré quelque bénéfice ou l'ait détériorée par sa faute. Voilà des causes d'obligations qui se rattachent directement au quasi-contrat d'indivision et que le juge sanctionne par des condamnations (1). Dans la même catégorie rentrent les causes qui autorisent l'un des cohéritiers à exercer des prélèvements, lorsque ces prélèvements ne peuvent pas s'effectuer en nature. D'autres obligations résultent du fait même du juge, de la façon dont il comprend et exerce son office. Que, par exemple, il attribue à l'une des parties la totalité d'une créance, ou lui impose le payement intégral d'une dette, cette partie devient débitrice ou créancière d'une indemnité, et à ce titre, elle doit subir ou obtenir condamnation. De même, ainsi que je l'ai dit tout à l'heure, lorsque les adjudications sont inégales et que cette inégalité ne tient qu'à des raisons de fait ou de convenance, elle doit être corrigée par une condamnation prononcée contre l'adjudicataire qui reçoit un lot supérieur à son droit (§§ 4 et 5 *sup.*). Une distinction absolument semblable se retrouve dans l'action *finium regundorum*. Là aussi les condamnations sanctionnent des obligations de deux sortes, les unes créées par le juge, les autre se rattachant plus directement au fait du voisinage. Ainsi, l'une des parties peut être condamnée à raison de l'adjudication qui lui est faite; mais elle peut l'être également pour avoir causé un dommage illicite au fonds voisin ou pour avoir refusé, quand le juge le lui ordonnait, de laisser mesurer son fonds, d'arracher un arbre ou de démolir une construction (§ 6 *sup.* — L. 3; L. 4 § 3, *Fin. reg.*) (2).

(1) Supposons que la chose commune ait péri ou que l'un des copropriétaires en ait aliéné sa part. Comment s'y prendra le créancier pour faire sanctionner de telles obligations? Les textes lui donnent une action *communi dividundo* utile (L. 6 § 1; L. 11, *Comm. div.*). Mais évidemment cela suppose que le droit commun ne lui fournit aucune autre ressource. Ainsi entre associés l'action *pro socio* suffirait sans aucun doute. Pareillement, quand un fils de famille a été exhérédé par son père, on lui donne une action *familiæ erciscundæ* utile à l'effet de recouvrer la dot de sa femme (L. 1 § 9, *De dot. præl.*). En résumé donc, une action en partage utile peut être accordée dans certains cas à des personnes qui ne sont pas dans l'indivision, et c'est ce que confirme encore l'exemple de l'adrogé impubère qui réclame la quarte Antonine (n° 112).

(2) Les obligations que je viens de passer en revue ne sont pas nécessairement sanctionnées par des condamnations. Le juge peut aussi absoudre la partie débitrice, en exigeant d'elle une *cautio* qui d'ordinaire sans doute est accompagnée de *satisdatio* (L. 19, *Fam. erc.*).

Reste à voir, et c'est là le point le plus délicat de la matière, comment ce pouvoir de condamner ou d'absoudre chaque partie se concilie avec les règles de la procédure formulaire. Deux choses, en effet, résultent de tous les documents que nous possédons : c'est que l'*intentio* d'une action personnelle ne mentionne jamais que les obligations du défendeur, et que ces obligations seules sont déduites dans la *condemnatio*; d'où cette conclusion que l'*intentio* étant vérifiée, le défendeur est seul condamné, et que, dans le cas contraire, il est seul absous. A mes yeux, l'explication la plus simple et la plus autorisée est celle-ci : le magistrat, dans nos trois actions, délivre autant de formules qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, mais toutes ces formules portent nomination d'un même juge, et chaque partie joue le le rôle de demandeur dans l'une d'elles. Chacune, par conséquent, conclut à une condamnation fondée sur les obligations de l'autre ou des autres parties, et le juge, appelé à statuer sur toutes ces conclusions, doit nécessairement prononcer autant de condamnations ou d'absolutions qu'il y a de personnes en jeu. En résumé donc, la dérogation au droit commun consiste dans la pluralité des formules et non pas dans leur rédaction. Cette conjecture, je l'ai déjà fait remarquer (n° 760), explique seule la conception unilatérale de l'*adjudicatio*, et cela même la justifie. Seule aussi, elle nous permet de comprendre pourquoi nos actions sont qualifiées *judicia duplicia* (L. 2 § 1, *Comm. div.*) (1).

830. Au caractère mixte des actions divisoires se rattachent naturellement les deux observations suivantes :

1° La situation des diverses parties a beau être identique au fond, les textes néanmoins distinguent le demandeur du défendeur : le demandeur est celui qui a pris l'initiative de la poursuite, et si plusieurs l'ont prise ensemble, il est désigné par le sort (LL. 13 et 14, *De jud.*, V, 1. — L. 2 § 1, *Comm. div.*). Mais à quoi bon cette détermination des rôles ? Sans doute, elle sert à régler l'ordre dans lequel les par-

(1) Bien des auteurs croient que même dans nos trois actions le magistrat ne délivrait qu'une seule formule, mais qu'elle s'écartait du type ordinaire. Les obligations respectives des parties auraient été mentionnées dans l'*intentio*; par la *condemnatio* le juge aurait expressément reçu le pouvoir de les condamner ou absoudre toutes, et de même l'*adjudicatio* l'aurait autorisé à faire des attributions de propriété à chacune. Par exemple, étant donné une action en partage, la rédaction de la formule aurait été à peu près celle-ci : *quidquid paret alterum alteri dare facere præstare oportere ex fide bona, quodque alteri ab altero adjudicari oportet, judex condemnato aut adjudicato.*

ties seront admises à proposer leurs preuves, et à faire entendre leurs avocats (1).

2° On se demande si les actions divisoires ne sont mixtes que dans le sens qui vient d'être développé. Cette question qui offre peu d'intérêt, car elle ne met en cause aucun principe et se réduit à une simple difficulté d'interprétation, est née d'un paragraphe des Institutes, célèbre tout à la fois par les efforts qu'il a coûtés aux interprètes et par l'influence qu'il a exercée sur la formation de notre théorie des actions mixtes (§ 20 *sup.*). Justinien exprime d'abord que certaines actions paraissent avoir un caractère mixte, *tam in rem quam in personam*, c'est-à-dire qu'elles tiennent tout à la fois de l'action réelle et de l'action personnelle, puis il cite comme telles les trois actions divisoires, et à titre d'explication il y relève cette particularité qu'elles autorisent le juge à faire des adjudications. Ce texte a donné lieu à trop d'interprétations diverses pour qu'il soit permis de ne pas le trouver obscur. Mais les divergences des interprètes tiennent beaucoup peut-être à ce que les uns se sont trop rigoureusement attachés aux mots *tam in rem quam in personam*, et à ce que les autres n'ont tenu un compte suffisant ni du mot *videntur* qui indique une simple comparaison, ni de l'explication que Justinien lui-même nous donne. Selon moi, l'empereur veut dire que par les effets de l'adjudication les actions divisoires, quoique personnelles, présentent quelque analogie avec les actions réelles. En d'autres termes, les attributions de propriété que le juge fait sont comparées ici aux déclarations de propriété qu'il fait dans les actions réelles (2). Mais ce rapprochement n'exprime qu'une vue de l'esprit, vue tout à la fois superficielle et

(1) Cet intérêt de procédure écarté, est-il indifférent de savoir quel est celui des plaideurs qui joue le rôle de demandeur dans le sens propre du mot, c'est-à-dire quel est celui qui a saisi la justice? Non, et d'abord, selon toute vraisemblance, le demandeur peut bien contester l'étendue du droit de son adversaire, mais il ne peut pas en principe lui dénier absolument la qualité de cohéritier, de copropriétaire ou de propriétaire voisin. Cependant à cet égard il y a au Digeste un texte fort embarrassant où nous lisons que celui qui intente l'action *familiæ erciscundæ* ne reconnaît pas pour cela la vocation héréditaire du défendeur (L. 37, *Fam. erc.*). Un autre intérêt résulte de ce que certaines personnes qui défendent valablement à l'action en partage ne sont point admises à l'intenter. Tel est le cas des mineurs de vingt-cinq ans en ce qui concerne leurs *prædia rustica vel suburbana* (Nos 149 et 176), et du mari relativement à l'immeuble dotal (n° 314). Enfin, les conséquences de l'adjudication varient parfois selon le rôle que l'adjudicataire a joué dans l'action (T. II, p. 1038, note 1).

(2) Cette comparaison s'explique par le sens inexact qu'on donne quelquefois au mot *adjudicare* (T. II, p. 870, note 3).

dépourvue de conséquences pratiques (1), car ici le juge transporte vraiment la propriété, au lieu que dans l'action réelle il ne fait que constater et sanctionner un droit de propriété antérieur au procès, et tandis que l'adjudicataire est réputé tenir ses droits de son adversaire, le demandeur qui triomphe dans la revendication n'est en aucune façon l'ayant-cause du défendeur (2).

(1) Si le texte qui nous occupe avait une véritable portée pratique, selon toute probabilité il figurerait à la suite de ceux qui se réfèrent à la distinction des actions *in rem* ou *in personam*, tandis qu'au contraire sa place a été déterminée par une simple attraction de mots. Les paragraphes 16, 18 et 19, *de actionibus*, signalent des actions appelées mixtes, parce qu'elles sont en partie pénales et en partie non pénales, et c'est ce qui amène Justinien à parler d'actions mixtes en un tout autre sens.

(2) Beaucoup d'autres systèmes ont été proposés pour expliquer le caractère mixte que les Institutes attribuent aux actions divisoires. Je dois exposer brièvement les principaux : 1° le plus ancien peut-être, et aussi le moins sérieux, consiste à dire que ces trois actions sont à la fois réelles et personnelles : réelles, parce que la demande présuppose un droit de propriété; personnelles, parce qu'elle tend à faire sanctionner une obligation. La paraphrase de Théophile est favorable à ce système, mais il n'en est pas moins d'une fausseté manifeste. En effet, j'ai déjà démontré (n° 800) qu'aucune action ne saurait être tout ensemble réelle et personnelle. D'ailleurs les textes s'accordent à regarder les actions divisoires comme personnelles, et Justinien lui-même leur applique expressément cette qualification (L. 1 § 1, C., *De ann. exc.*, VII, 40); 2° les Institutes feraient allusion à ce que dans nos trois actions le juge est investi tout ensemble d'un pouvoir sur les choses, comme dans les actions réelles, et d'un pouvoir sur les personnes, comme dans les actions personnelles. Mais cette explication n'a pas grand sens. En quoi consiste, en effet, ce pouvoir sur les choses? à faire des adjudications. Et en quoi ce pouvoir sur les personnes? à prononcer des condamnations. Or parmi les actions réelles il n'y en a pas une où le juge puisse faire des adjudications, et pas une où il ne puisse condamner tout aussi bien que dans les actions personnelles ; 3° Justinien voudrait dire que, malgré le caractère personnel de nos actions, le juge y est quelquefois appelé à statuer sur une question de propriété. Pour comprendre cela, supposons avec Gaius (L. 1 § 1, *Fam. erc.*) que la qualité de cohéritier soit contestée à celui qui exerce l'action *familiæ erciscundæ*. On distingue alors s'il possède ou ne possède pas sa part. S'il ne la possède pas, l'action *familiæ erciscundæ* est rendue non recevable par l'exception *quod præjudicium hereditati non fiat* ; il doit donc recourir à la *petitio hereditatis*, et comme cette action ne peut lui faire obtenir que la restitution d'une part indivise (L. 7, *Si pars her.*, V, 4), s'il y réussit, il revient ensuite à l'action *familiæ erciscundæ* qui se présente ainsi dégagée de toute question de propriété. Supposons au contraire que le demandeur possède sa part : ici il n'est plus possible de le renvoyer à exercer préalablement la *petitio hereditatis*, puisque les actions réelles ne compètent jamais à qui possède ; le juge de l'action *familiæ erciscundæ* doit donc avant toute chose examiner si le demandeur a des droits sur l'hérédité, et ce n'est qu'autant que cette question comporte une solution affirmative qu'il procède au partage. Un résultat semblable se présente évidemment, soit dans l'action *communi dividundo*, lorsque celui qui agit possède sa part et qu'on lui dénie la copropriété, soit dans l'action *finium regundorum*, lorsque l'un des deux adversaires se voit contester, non pas la possession, mais la propriété d'une portion du fonds qu'il prétend être sien.

IV. — DE L'ACTION *rei uxoriæ*.

Lib. IV, tit. VI, *De actionibus*, § 29, suite. — Sed quum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne jus quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulimus, merito rei uxoriæ actione sublata, ex stipulatu quæ pro ea introducta est, naturam bonæ fidei tantum in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei sit. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, quum

Mais trouvant l'action *ex stipulatu* plus avantageuse, nous lui avons appliqué, non sans faire beaucoup de réserves, et en tant qu'elle est donnée pour la restitution de la dot, les règles jadis admises dans l'action *rei uxoriæ;* et en conséquence, celle-ci ayant été supprimée, l'action *ex stipulatu* qui l'a remplacée a pris le caractère d'action de bonne foi, mais seulement quand elle a pour objet la répétition de la dot. De plus, nous avons donné à la femme une hypothèque tacite, et nous avons voulu qu'elle fût préférée à tous les autres

C'est à cette dernière hypothèse que Paul fait allusion en disant que l'action *finium regundorum*, quoique personnelle, tient lieu de revendication (L. 1, *Fin. reg.*). En résumé donc, il est très vrai que le juge des actions divisoires peut avoir à examiner préliminairement une question de propriété, mais ce n'est là qu'un accident, et un accident rare au moins dans les actions en partage, par conséquent cela n'explique pas le texte des Institutes; car le caractère d'une action se détermine par les éléments qu'elle implique nécessairement, et non par l'objet des questions incidentes qu'elle peut soulever; 4° c'est par la rédaction de l'*adjudicatio* que les actions divisoires se rapprocheraient des actions réelles, car le nom du défendeur, qui ne figure pas dans l'*intentio* de l'action réelle, ne figure pas non plus dans l'*adjudicatio* (n° 760). Cette explication se condamne par le résultat même où elle aboutit : en effet, elle ôte toute signification au texte des Institutes considéré comme expression du droit de Justinien; pour lui donner un sens, il faudrait le rapporter à l'époque formulaire et par conséquent le supposer emprunté sans réflexion à quelque jurisconsulte classique. Mais une telle supposition ne s'appuie sur rien; 5° Justinien ne ferait que reproduire, sous une forme obscure, la théorie que j'ai exposée d'après les textes du Digeste : nos trois actions seraient donc mixtes, à raison du double rôle que chaque partie y joue. Dans ce système, on est obligé d'attribuer aux mots *tam in rem quam in personam* un sens tout différent de celui qu'on leur donne dans les précédents systèmes; on leur fait signifier que parmi les actions mixtes les unes sont réelles et les autres personnelles. Cette traduction est en elle-même fort acceptable; car nous trouvons aux Institutes deux autres textes où l'évidence la commande (§§ 3 et 31, *De act.*). Mais le paragraphe de Justinien ainsi entendu, les actions divisoires n'y seraient citées qu'à titre d'exemples, et nous devrions trouver au moins une action réelle où chaque partie fût à la fois demanderesse et défenderesse. Or une telle action, on peut l'affirmer sans crainte, est introuvable.

ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.

§ 37. — Item si de dote judicio mulier agat, placet eatenus maritum condemnari debere quatenus facere possit, id est quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur; si minus, in tantum quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur; nam ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est, quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.

créanciers hypothécaires, mais cela en supposant que ce soit elle-même qui redemande sa dot; car c'est elle seule que nous avons voulu protéger.

De même, quand la femme agit en restitution de sa dot, on admet que le mari ne doit être condamné que jusqu'à concurrence de ce qu'il peut faire, c'est-à-dire de sa fortune. Si donc la valeur de ses biens est égale au montant de la dot, on le condamne pour le tout; sinon, jusqu'à concurrence de ce qu'il peut faire. La répétition de la dot est aussi diminuée par voie de retenue; en effet, l'on accorde au mari le droit de retenir les dépenses qu'il a faites pour les biens dotaux, parce que les dépenses nécessaires diminuent la dot de plein droit, ainsi qu'on peut le voir avec plus de détail dans les livres du Digeste.

831. L'action *rei uxoriæ* a pour objet la restitution de la dot. Elle ne remonte ni aux origines de Rome (Denys d'Hal., II, 25), ni même à la loi des Douze Tables (Aul. Gell., IV, 3). Car il fut longtemps reçu que la dot était constituée pour toujours, et qu'en conséquence elle devait rester au mari ou à ses héritiers, de quelque façon que s'opérât la dissolution du mariage (1), et cela seul nous explique pourquoi le mari acquiert sur la dot un véritable droit de propriété, et non pas un simple usufruit. Les dangers de cette législation se révélèrent le jour où le divorce commença à pénétrer dans les habitudes romaines (2). La femme, en effet, privée de sa dot, risquait de ne pouvoir se remarier et de végéter dans la misère. Aussi, voyons-nous par Aulu-Gelle (*loc. cit.*), qui s'appuie sur un passage du juriscon-

(1) On a cru retrouver jusque dans la compilation de Justinien une trace de cette règle primitive. *Dotis causa perpetua est*, dit Paul, *et cum voto ejus qui dat, ita contrahitur ut semper apud maritum sit* (L. 1, *De jur. dot.*, XXIII, 3).

(2) Jusque là, ces dangers avaient pu ne pas paraître très sérieux. Le mariage, en effet, se dissolvait-il par la mort de la femme : elle n'avait évidemment plus besoin de sa dot, et les enfants, s'il y en avait, demeuraient à la charge de leur père. Le mariage se dissolvait-il par la mort du mari : la femme, si elle était *in manu*,

sulte Servius Sulpicius, que le divorce de Spurius Carvilius Ruga (nº 97) fut le signal d'une réaction. Dès lors apparurent les *cautiones rei uxoriæ*, c'est-à-dire qu'en recevant la dot le mari promettait de la restituer, au moins partiellement, si le mariage venait à être rompu par un divorce. Sa promesse, si nous en croyons Boèce (sur les Topiques de Cicéron, 4), portait *ut si divortium contigisset, quod æquius melius esset apud virum remaneret, reliquum dotis uxori restitueretur*. De la stipulation ainsi conçue naissait une action où, selon l'expression de Caton l'ancien (Aul. Gell., X, 22), le juge faisait office de censeur, donc n'avait d'autre règle à suivre que l'équité. Bientôt cette stipulation elle-même cessa d'être nécessaire, et le seul fait du divorce engendra l'obligation de restituer la dot. La portée et les effets de cette obligation furent déterminés par des règles précises, et on la sanctionna par l'action *rei uxoriæ*. Plus tard, la même obligation et la même action furent étendues au cas où le mariage se dissolvait par la mort du mari, ou même, en supposant certaines circonstances spéciales, par la mort de la femme. Les textes prouvent que ce double progrès s'accomplit bien avant la fin de la république (L. 79 pr., *De jur. dot.* — L. 66 pr., *Sol. matr.*) (1).

Laissons maintenant les origines de l'action *rei uxoriæ*, et étudions-la telle que nous la trouvons dans le droit classique.

832. *Des conditions nécessaires pour donner ouverture à l'action* rei uxoriæ. — Ces conditions sont au nombre de trois : 1º il faut que la restitution de la dot ne soit due ni en vertu d'une stipulation ni en vertu d'un pacte (2); sinon il y a lieu, dans le premier cas, à l'action *ex stipulatu*, et dans le second cas à l'action *præscriptis verbis* ou à une *condictio* (L. unic. § 13, C., *De rei ux. act.*, VI, 13. — L. 1, C., *De*

lui succédait en concours avec les enfants ; et si elle n'était pas *in manu*, l'usage était probablement que le mari lui fît un legs en compensation de la dot qu'elle perdait. Cet usage seul donne une raison d'être à l'édit *de alterutro* dont je parlerai tout à l'heure (nº 835, *in fine*).

(1) Quelle est, dans la formation de cette théorie, la part de la jurisprudence, et quelle est celle du législateur ? Il serait difficile de le dire. Ce qui paraît certain, c'est que plusieurs lois, dont les principales appartiennent à Auguste, et dont quelques-unes sont fort antérieures, s'occupèrent de la dot (Polybe, XXXII, 13. — L. 64 §§ 7, 9, 10, *Sol. matr.*, XXIV, 3). — L. 19, *De verb. obl.*, XLV, 1. — L. 2, *De dot.*, C. Th., III, 13. — Nov. Th., II, 12).

(2) Quiconque constitue une dot peut en stipuler la restitution ou la faire stipuler par un tiers (L. 33, *Sol. matr.*, XXIV, 3. — L. 77 § 2, *De leg.* 2º, XXXI. — L. 2, C., *De jur. dot.*, V, 12), et cette stipulation n'est pas nécessairement faite *in continenti;* seulement, si elle n'intervient qu'après coup et que le mariage soit déjà réalisé, elle doit être agréée par la femme, sinon ne peut lui être opposée (L. 3 § 5,

pact. conv., *tam sup. dot.* V, 14); 2° il faut que le mariage soit dissous. Jusque-là, la restitution de la dot ne peut être ni exigée du mari, ni volontairement faite par lui. Il y a là deux règles distinctes : d'abord la femme ne peut pas agir pendant le mariage, car sa dot correspond à des charges qui n'ont pas encore cessé de grever le mari. Toutefois, comme on ne veut pas la mettre dans l'alternative de divorcer ou de se ruiner, on fait fléchir la règle et on autorise l'exercice de l'action *rei uxoriæ* lorsque le mari est tombé dans un état d'insolvabilité manifeste (L. 24 pr., *Sol. matr.*, XXIV, 3). En second lieu, c'est en vain que, le mariage durant encore, le mari voudrait restituer la dot; on le lui défend, car ce serait la détourner de sa destination (1). Une restitution anticipée aurait une double conséquence : d'une part le mari serait exposé à payer une seconde fois toutes les valeurs que la femme aurait dissipées (L. 27 § 1, *De rel.*, XI, 7. — L. 1 § 5, *De dot. præl.*, XXXIII, 4); d'autre part, il aurait le droit de répéter et les fruits et le capital, les fruits toujours, le capital en supposant qu'il agisse avant d'être lui-même tenu de restituer (L. unic., C., *Si dos const. matr.*, V, 19) (2); 3° ce n'est pas assez que le mariage soit dissous d'une manière quelconque; il faut aussi, du moins en règle générale, que la dissolution résulte ou du divorce ou de la mort du mari. Nous avons vu, en effet, que la femme mourant *in matrimonio*, le mari en principe garde la dot, mais nous avons vu aussi que ce principe cesse lorsqu'il s'agit d'une dot profectice et que le père qui l'a constituée survit à sa fille (n° 312). De sorte qu'en résumé, pour que l'action *rei uxoriæ* ne naisse pas, il faut d'abord que le mariage se dis-

De min., IV, 4. — L. 2 § 1; L. 29 pr., *Sol. matr.*, XXIV, 3). Bien plus sévères sont les règles relatives au pacte; en effet, il n'est valablement consenti qu'entre le mari et le constituant lui-même, et encore faut-il supposer que celui-ci n'est pas le père de la femme. De plus, comme il ne tire sa force que de la constitution de dot dont il est un accessoire, il doit toujours être fait *in continenti* (L. 6, C, *De jur. dot.* — L. 1, C., *De pact. conv.*, V, 14).

(1) Cette règle comporte quelques dérogations fondées sur des motifs d'intérêt ou d'humanité (L. 73 § 1; L. 85, *De jur. dot.*, XXIII, 3).

(2) Sur ce texte, je ferai deux observations : 1° à l'en croire, la défense faite au mari de restituer la dot pendant le mariage ne serait qu'un corollaire de la règle qui prohibe les donations entre époux. Mais une telle explication est manifestement insuffisante, puisque en général les donations de revenus échappent à cette règle (n° 309) et qu'ici, au contraire, le mari est admis à répéter les fruits; 2° notre texte suppose le mariage dissous par la mort de la femme, et c'est pourquoi, nonobstant la dissolution, il autorise la répétition du capital. Mais cette hypothèse écartée, il va de soi que le capital ne peut être répété qu'autant que le mariage subsiste encore.

solve par la mort de la femme, et de plus que son père soit prédécédé ou que la dot soit adventice (1).

A qui compète l'action rei uxoriæ. — Parcourons successivement les trois cas où cette action est admise :

1° *Dissolution du mariage par le divorce.* — Il y a ici une distinction très nettement posée par Ulpien (VI § 6). La femme est-elle *alieni juris*, par conséquent incapable d'avoir un patrimoine : l'action appartient alors à son père, mais il ne l'exerce qu'avec le consentement de sa fille; donc aussi le concours de l'un et de l'autre est nécessaire, soit pour la constitution d'un *procurator ad litem*, soit pour la régularité d'un payement volontaire (L. 2 § 1; L. 3, *Sol. matr.* — L. 34 § 6, *De sol.*, XLVI, 3) (2). Que si l'on demande pourquoi le père n'est pas libre d'agir seul, cela s'explique aisément par le droit qui lui appartint longtemps d'imposer le divorce à sa fille : on craignit qu'il n'usât de ce droit que dans une vue de spéculation, pour recouvrer ou s'approprier la dot (3). La femme, au contraire, est-elle *sui juris* : c'est à elle-même que compète l'action *rei uxoriæ*, et elle l'exerce comme un bien qui lui est propre. Cela est vrai même de la dot profectice; la femme a beau avoir été émancipée ou exhérédée par son père, ou ne pas lui succéder seule, elle la reprend toujours, sauf, en ce dernier cas, le rapport dont elle peut être tenue envers ses cohéritiers (L. unic. § 11, C., *De rei ux. act.*, V, 13. — N° 455). Du reste, ce n'est pas seulement au jour du divorce, mais aussi au moment de la *litis contestatio*, que l'on examine si elle est *sui juris* ou

(1) Je signalerai ici deux hypothèses tout à fait exceptionnelles : 1° lorsque les deux époux meurent au même instant, la femme est réputée morte *in matrimonio* et ses héritiers n'ont pas l'action *rei uxoriæ* (L. 32 § 1, *De rel.*, XI, 7); 2° si l'un des époux tue l'autre, le meurtrier n'a pas le bénéfice de sa survie (L. 10 § 1, *Sol. matr.*).

(2) C'est surtout par allusion à cette condition que les deux premiers des textes cités présentent la dot comme commune au père et à la fille. Cette même idée explique aussi pourquoi le père ne peut plus, une fois sa fille mariée, stipuler seul la dot profectice (T. II, p. 1046, note 2). En sens inverse, bien d'autres textes disent de la dot, et même de la dot profectice, qu'elle appartient à la femme seule et non point à son père. D'où l'on tire notamment cette conséquence que l'enfant émancipé n'est pas tenu de rapporter à ses frères les biens qu'il a donnés en dot à sa fille dont le mariage n'est pas encore dissous (L. 71, *De evict.*, XXI, 2. — L. 4, *De coll.*, XXXVII, 6). Toutes ces façons de parler, au surplus, ne se réfèrent point à la propriété des *corpora dotalia* qui sans contestation appartient au mari (L. 75, *De jur. dot.*).

(3) La folie, l'absence ou la mauvaise conduite, soit du père, soit de la fille, donnent lieu à des décisions exceptionnelles (L. 8 pr., *De proc.*, III, 3). — L. 2 § 2; L. 22 §§ 3 à 5, 10 et 11, *Sol. matr.*).

alieni juris (L. 22 § 5, *Sol. matr.*). Et cela revient à dire que si elle est déjà *sui juris* au jour du divorce, la dot lui appartient définitivement, et qu'au contraire, si elle ne sort de la puissance paternelle qu'après le divorce, il faut, pour déterminer à qui appartient la dot, faire la distinction suivante : si le père a déjà agi avec le concours de sa fille, la dot est à lui (L. 10 § 1, *De bon. damn.*, XLVIII, 20); sinon, elle forme le patrimoine de la femme (L. 42 pr.; L. 66 § 2, *Sol. matr.* — L. 14 pr., *Ad leg. Falc.*, XXXV. 2) (1).

2° *Dissolution du mariage par la mort du mari* — Cette hypothèse, sur laquelle Ulpien est muet, comporte évidemment l'application des mêmes règles que la précédente (L. unic. § 14, C., *De rei ux. act.*).

3° *Dissolution du mariage par la mort de la femme.* — Ici la nature toute spéciale des conditions exigées pour l'ouverture de l'action *rei uxoriæ* nous montre qu'elle ne peut appartenir qu'au père (Ulp., VI § 4) (2). Du reste on répute le mariage dissous par la mort de la femme, et l'on donne au père une action utile, chaque fois que les époux n'ont divorcé que dans le but de le frustrer, par exemple la femme étant malade et sur le point de mourir (L. 5, *De div. et rep.*, XXIV, 2. — L. 59, *Sol. matr.*).

Contre qui compète l'action rei uxoriæ. — On ne fait ici qu'appliquer le droit commun. Avant tout donc, on distingue si le mari était *sui juris* ou *alieni juris* au jour de la constitution de la dot. Était-il *sui juris* : la dot n'a pû être donnée qu'à lui-même ou à un tiers par lui désigné, c'est donc lui aussi qui est tenu de l'action *rei uxoriæ*. Était-il *alieni juris*, de deux choses l'une alors : ou il a reçu la dot sans l'ordre de son père, et en ce cas il est tenu personnellement, mais son père peut être poursuivi *de in rem verso* ou *de peculio ;* ou bien la dot a été donnée soit au père lui-même, soit au fils sur l'ordre du père, et ici le père est tenu *in solidum*. Au surplus, l'obligation de restituer

(1) On donne la même décision lorsque le père n'a agi que par l'intermédiaire d'un *procurator*, et que le jugement n'est pas encore exécuté au moment où la puissance paternelle cesse (L. 31 § 2, *Sol matr.*).

(2) Supposons la dot constituée par l'aïeul paternel. Si la petite-fille lui survit et meurt avant son père, le droit de ce dernier s'ouvrira-t-il? Non, disent Servius Sulpicius et Labéon (L. 79 pr., *De jur. dot.*); oui, dit Celsus (L. 6, *De coll.*, XXXVII, 6). La première opinion s'appuie sur ce que le père survivant n'est pas l'auteur de la constitution de dot, et la seconde sur ce que le grand-père qui dote sa petite-fille ne fait qu'accomplir le devoir qui incomberait au père lui-même si celui-ci était *sui juris*.

se transmet tant aux héritiers du père qu'à ceux du mari (L. 7 § 15; L. 22 § 2; L. 25 pr.; L. 53, *sol matr.*).

833. *A quelle époque peut être exercée l'action* rei uxoriæ. — Pour comprendre le sens de cette question, il faut connaître une distinction essentielle que les Romains font ici entre les corps certains et les quantités. L'obligation du mari a-t-elle pour objet des corps certains : le mari les a ou doit les avoir sous la main, il est donc tenu de les restituer sans délai. Doit-il, au contraire, une somme d'argent ou toute autre quantité : il peut avoir besoin d'un certain temps pour se la procurer; aussi la restitution se fractionne-t-elle en trois parties égales qui deviennent successivement exigibles un an, deux ans et trois ans après la dissolution du mariage (Ulp., VI § 8). Cela étant, il est de la dernière évidence que la restitution des corps certains peut être demandée tout entière immédiatement; mais faut-il décider en sens inverse à l'égard des quantités? Une telle doctrine aurait le double inconvénient de forcer la femme à agir plusieurs fois et de compliquer la procédure; car, pour ne pas épuiser son droit par une première poursuite, elle devrait faire insérer une *præscriptio* dans la formule. Aussi me paraît-il fort probable, et cela nous explique un texte d'Ulpien (L. 24 § 2, *Sol. matr.*), que l'action peut être exercée pour le tout, même avant l'échéance du premier terme, mais qu'en ce qui concerne les sommes non encore échues, le mari est simplement obligé de donner satisdation pour en assurer la restitution aux termes légaux, et que s'il ne peut ou ne veut fournir des fidéjusseurs, il est condamné sous la déduction d'une somme représentant la jouissance qu'il va perdre (1).

De la preuve. — Deux hypothèses doivent être distinguées : 1° si c'est le constituant lui-même ou son héritier qui agit, il est tenu de prouver que la dot a été non seulement constituée, mais donnée; sinon, comme il en est encore débiteur, il ne peut exiger qu'une chose, c'est que le mari le libère de son obligation (L. 41 § 4, *De jur. dot.* — L. 30 § 1; L. 52, *Sol. matr.* — L. 15, C., *De jur. dot.*, V, 12). Du reste le payement de la dot a beau être constaté dans l'*instrumentum dotale*, le mari peut opposer l'exception *non numeratæ dotis*, et il paraît que dès la fin de l'époque classique cette exception mettait la

(1) Supposons un divorce : si la femme ne pouvait pas agir tout de suite, elle ne pourrait pas non plus mettre son mari en demeure, et par conséquent, venant à mourir avant l'échéance du terme, elle ne transmettrait rien à ses héritiers. Son action se trouverait donc éteinte par une cause qu'elle n'aurait pas pu prévenir. Il y a bien là une raison sérieuse en faveur de l'interprétation que je donne du texte d'Ulpien.

preuve à la charge du demandeur (L. 1, C., *De dot. caut. et non num.* V, 30) (1) ; 2° si la femme agit à raison d'une dot constituée par un tiers, la preuve d'une numération réelle n'est plus absolument nécessaire : il lui suffit d'établir que le mari a pu se faire payer. Celui-ci prétend-il alors n'avoir rien reçu, c'est à lui de prouver que sa conduite est exempte de faute : s'il fournit cette preuve, il n'est tenu qu'à céder ses actions ; sinon, il est condamné comme ayant dû recevoir ce qu'il n'a point reçu, et par conséquent l'insolvabilité du constituant tombe à sa charge (2).

834 *a*. *Des résultats de l'action* rei uxoriæ. — Les règles générales qui déterminent les restitutions dues par le mari nous sont déjà connues (n° 313). En principe il rend le capital dotal ; mais si ce capital consiste en corps certains, la restitution comprend, en outre, les acquisitions accessoires qui n'ont pas le caractère de fruits, comme aussi peut-elle, selon les cas, être augmentée ou diminuée d'une portion des fruits de la dernière année. Voilà le maximum de ce que le mari peut devoir. Mais doit-il toujours tout cela? Nous avons vu qu'une part de la dot pouvait jadis lui être laissée par le juge chargé de faire exécuter les *cautiones* dont j'ai précédemment rapporté la formule, mais cela sans que ce juge fût soumis à aucune règle fixe. Plus tard, quand on organisa l'action *rei uxoriæ*, on voulut tout à la fois conserver l'idée d'équité qui avait inspiré cette pratique, et éliminer tout arbitraire dans l'application. Donc pour des causes et dans une mesure déterminées d'avance, le mari fut autorisé à exercer certaines *retentiones* ou retenues. Je vais exposer cette théorie en me plaçant dans l'hypothèse la plus pratique, la seule aussi où elle reçoive sa pleine application, celle d'un divorce.

Ulpien nous apprend que des retenues étaient admises pour les cinq causes suivantes :

1° *Propter liberos*. — Nous devons supposer ici trois choses : qu'il y a des enfants issus du mariage ; que le divorce n'a pas eu lieu *bona gratia ;* enfin que la répudiation, quel que soit l'époux qui l'a signifiée, procède d'une faute de la femme ou du père sous la puissance de qui elle est placée. Cette retenue s'explique donc par deux motifs, savoir que

(1) Je rappelle que Justinien restreignit la durée de cette exception (T. II, page 405, note 1).

(2) Par exception, lorsque la dot a été constituée par le père de la femme ou par un donateur, on se montre plus indulgent pour le mari, et en général leur insolvabilité est mise à la charge de la femme (L. 33, *De jur. dot.*).

le mari divorcé reste chargé des enfants, et que la femme ou son père doivent être punis lorsque la rupture du mariage leur est imputable. Quant à la quotité de la retenue, elle est d'un sixième par enfant ; mais, quel que soit le nombre des enfants, elle ne dépasse pas trois sixièmes (Ulp., VI, § 10. — *Fr. Vat.*, § 121. — Cic., et Boet., *Top.*, 4) (1).

2° *Propter mores.* — Le mot *mores* désigne ici l'inconduite de la femme ; et l'on distingue entre l'inconduite grave qui n'est autre chose que l'adultère, et l'inconduite légère qui consiste en d'autres faits que la loi ne détermine pas. La retenue est d'un sixième dans le premier cas, d'un huitième dans le second (Ulp., VI § 12) (2).

3° *Propter res donatas.* — On a vu précédemment (n° 309) que le divorce rend définitive la nullité des donations faites entre époux pendant le mariage. Ici donc le mari retient la valeur du capital qu'il a donné, et cela jusqu'à concurrence du profit réalisé par la femme.

4° *Propter res amotas.* — Ici la retenue a pour objet le montant des valeurs que la femme aurait volées à son mari *divortii causa.*

5° *Propter impensas.* — Supposons que le mari ait fait des dépenses pour les choses comprises dans la dot. Ces dépenses ont été nécessaires, utiles ou voluptuaires (Ulp., VI §§ 14 à 17) : nécessaires, lorsqu'elles tendaient à prévenir des pertes ou des détériorations, et que le mari ne pouvait s'abstenir de les faire sans engager sa responsabilité (L. 1 § 1 ; L. 14, *De imp. in res dot. fact.*, XXV, 1) (3) ; utiles, lorsque n'ayant rien d'obligatoire et pouvant être négligées sans aucun risque, elles ont cependant ajouté quelque chose à la valeur de la dot ; voluptuaires, lorsqu'elles n'ont ni conservé ni amélioré la dot et n'ont eu d'autre but que l'agrément (L. 179, *De verb. sign.*, L, 16). Ces trois sortes de dépenses ne sont pas soumises à des règles identiques.

(1) Des conventions jointes à la constitution de dot peuvent déroger à ces règles, et par exemple autoriser la retenue, soit indépendamment de toute faute de la femme, soit dans une proportion supérieure à un sixième par enfant et même pour le tout (*Fr. vat.*, §§ 106 et 107. — L. 2, *De pact. dot.*, XXIII, 4). De telles conventions ne sont pas réputées contraires à la règle qui annule les peines stipulées contre l'époux qui divorcerait (L. 2, C., *De inut. stip.*, VIII, 39).

(2) La retenue *propter mores*, comme le *judicium de moribus* dont je parlerai tout à l'heure, est d'ordre public. Nulle convention ne peut l'exclure ni en modifier la quotité (L. 5 pr., *De pact. dot.*, XXIII, 3).

(3) Parmi les dépenses nécessaires, il ne faut compter ici ni l'entretien des esclaves, ni la culture des terres, ni les autres frais qui, bien qu'indispensables à la conservation de la chose, tendent avant tout à la satisfaction d'un intérêt présent, et sont considérées comme charges de la jouissance. A vrai dire, de telles dépenses ne figurent pas dans le classement qui nous occupe (L. 3 § 1 ; LL. 15 et 16, *De imp. in res dot. fact.*).

S'agit-il de dépenses purement voluptuaires : soit que la femme les ait approuvées ou non, le droit du mari se borne, en principe, à enlever tout ce qu'il peut séparer de la chose principale sans la détériorer, et il ne retient rien qu'autant que cette séparation étant possible, la femme s'y oppose (LL. 9 et 11 pr., *De imp. in res dot. fact.* — L. unic. § 5, C., *De rei ux. act.*). S'agit-il de dépenses utiles : dans une opinion qui n'était pas encore générale au temps de Paul, mais qui finit par prévaloir, on distingue si elles ont été faites avec ou sans le consentement de la femme ; au premier cas seulement, la retenue est admise; au second cas, le mari n'a que le droit d'enlever (L. 7 § 1 ; *De imp. in res dot. fact.* — L. unic. § 5, C., *De rei ux. act.*). Enfin, en ce qui concerne les dépenses nécessaires, non seulement la retenue en est permise, mais nous trouvons dans les textes cette formule : *impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt* (§ 37 *sup.*), formule un peu trop absolue et dont il faut déterminer la portée exacte. Pour cela, distinguons trois hypothèses : 1° la dot consiste tout entière en argent, par exemple elle est de cent sous d'or, et le mari en a dépensé dix pour conserver le surplus. Ici le principe s'applique à la lettre. Si donc, pendant le mariage, la femme rembourse la dépense, ce remboursement ne rétablit pas dans son intégrité la dot primitive, il l'augmente plutôt, et par conséquent cette somme est toujours réputée adventice et ne reçoit pas l'application des pactes dotaux qui ont pu intervenir au début; 2° la dot consiste tout entière en corps certains. C'est ici que l'application littérale du principe ne se comprend plus ; car d'un esclave ou d'un immeuble comment retrancher une somme d'argent ? Aussi dit-on que la diminution porte, non pas sur les *corpora dotalia*, mais sur l'*universitas dotis* (L. 1 § 4, *De dot. præl.*, XXXIII, 4), et si l'on s'attache au résultat pratique, il se borne à un droit de rétention que l'on accorde au mari non payé; mais les choses dotales ne cessent d'être dotales pour aucune partie, la restitution en nature en est donc toujours due pour le tout, et si ce sont des immeubles, l'inaliénabilité subsiste aussi absolue qu'avant la dépense. Il suit de là que le remboursement fait par la femme n'équivaut plus ici à une augmentation de la dot (1). Ces deux premières hypothèses sont très nettement distinguées par Ulpien (L. 5 pr., § 1,

(1) Supposons que par une série de dépenses nécessaires le mari devienne créancier d'une somme qui égale ou dépasse la valeur des biens dotaux ; les mêmes principes s'appliquent encore. Cependant cette doctrine avait été contredite par Scévola. Se plaçant tout spécialement dans l'hypothèse d'une dot qui consiste en

De imp. in res dot. fact.) ; 3° la dot comprend tout ensemble de l'argent et des corps certains. Dans ce cas, les dépenses nécessaires s'imputent d'abord sur la dot pécuniaire et la diminuent de plein droit; que si elles arrivent à la dépasser, la dot se réduisant dès lors à des corps certains, nous retombons dans la précédente hypothèse (L. 56 § 3, *De jur. dot.*) (1).

J'ai déjà donné à entendre que lorsque l'action *rei uxoriæ* s'ouvre par la mort du mari ou de la femme, la théorie des *retentiones* ne reçoit qu'une application incomplète. Il faut préciser cette idée. Or si l'on remarque que les retenues *propter res donatas*, *propter res amotas* et *propter impensas* ne sont, à vrai dire, que l'exercice d'un

un immeuble, il décidait que l'immeuble cesse d'être dotal le jour où la valeur en est absorbée par les dépenses nécessaires. Mais Paul, qui rapporte cette opinion, la critique à raison des conséquences où elle conduit. L'immeuble, en effet, cessant d'être dotal, devient nécessairement aliénable; et si plus tard la femme rembourse le montant des dépenses, comment soutenir que la dot se trouve rétablie dans son état primitif, qu'en conséquence la dotalité revive dans le passé et que les aliénations régulièrement faites par le mari soient nulles? Dira-t-on donc, ce qui est tout à fait logique dans la doctrine de Scévola, que ce remboursement équivaut à la constitution d'une dot nouvelle? Mais alors on va directement contre l'intention des parties qui ont voulu que la dot fût immobilière, et non pas pécuniaire (L. 56 § 3, *De jur. dot.*). On remarquera que le texte de Paul contient deux interpolations, qui ont pour objet l'une la fin de la seconde phrase (*nisi mulier*, etc.), et l'autre la dernière phrase (*Et magis est*, etc.).

(1) Pour être à peu près complet sur les *retentiones*, je dois indiquer les questions suivantes : 1° les diverses causes qui autorisent des retenues peuvent-elles au besoin servir de fondement à des actions? Je distingue. Il n'y a pas d'action qui corresponde à la retenue *propter liberos* (Ulp., VI § 10), ni, paraît-il, à la retenue *propter impensas utiles* (L. unic. § 5, C., *De rei ux. act.*). Quant aux *impensæ necessariæ*, ce n'est que fort tard et après controverse qu'une action fut admise (L. 5 § 2, *De imp. in res dot.*). Notons toutefois que l'édit des *tribuni plebis* permettait au mari de ne restituer la dot qu'après avoir stipulé le remboursement de ses dépenses nécessaires ou utiles (Ulp., VII § 3). Cette stipulation fut peut-être introduite avant l'organisation régulière des *retentiones*. Mais elle se maintient parce qu'elle avait l'avantage d'assurer une action au mari et d'ôter tout danger à une restitution faite sans retenue. Si nous passons aux *res donatæ* ou *amotæ*, nous savons déjà que le droit d'agir fut reçu sans difficulté (Nos 309 et 670). Enfin l'inconduite de la femme donne lieu à un *judicium de moribus* auquel les textes font de rares allusions (Gaius, IV, § 102. — L. 5 pr., *De pact. dot.*, XXIII, 4. — L. 1, C. Th., *De dot.*, III, 13. — L. 1, C. Th., *Vict. civ.*, IX, 20. — Pline l'ancien, XIV, 13). Ce *judicium*, si nous en croyons Justinien, était peu usité, et il le supprima (L. 11 § 2, C., *De rep.*, V, 17); 2° le cumul de ces diverses retenues, ou, s'il y a lieu, de ces diverses actions est-il licite? L'affirmative n'est douteuse qu'en ce qui concerne les retenues *propter liberos* et *propter mores*. Contre le cumul on se prévaut d'une phrase intercalée par Ulpien entre les deux paragraphes où il traite de ces *retentiones* (Ulp., VI § 11). Mais cette phrase est d'une obscurité telle qu'il ne paraît pas possible d'en déterminer le sens. On remarquera que dans l'opinion qui rejette le

droit de créance, on en conclura qu'elles ont lieu dans tous les cas, quelles que soient les personnes qui figurent dans l'action *rei uxoriæ*. Tout autre est le cas de la *retentio propter mores*. Comme elle est la peine d'une offense faite par la femme au mari, elle les suppose l'un et l'autre parties dans l'action, et par conséquent se restreint à l'hypothèse d'un divorce ; hors de là, en effet, ou ce sont les héritiers du mari qui sont poursuivis, ou c'est au père de la femme que l'action compète (L. 15 § 1, *Sol. matr.*). Quant à la retenue *propter liberos*, il ne saurait en être question lorsque le mari meurt *in matrimonio;* car quels sont ses héritiers? Ses enfants eux-mêmes, ou des tiers qui n'ont pas la charge des enfants (L. 1 § 1, *De dot. præl.*, XXXIII, 4). Que si le mariage a cessé par la mort de la femme, son père, redemandant la dot profectice, subit bien une retenue *propter liberos*, mais toute différente, quant à son principe et à son organisation, de celle dont j'ai parlé tout à l'heure. En effet, le mari n'a pas besoin d'alléguer ici le moindre grief, son droit dérive simplement de ce que les enfants demeurent à sa charge. D'autre part, la retenue n'est pas d'un sixième, mais d'un cinquième par enfant, et elle s'exerce *in infinitum*, de telle sorte que s'il y a cinq enfants ou plus, elle absorbe la dot entière (Ulp., VI § 4).

835. *Des faveurs accordées à l'un et à l'autre époux dans l'action* rei uxoriæ. — Le mari, en supposant son avoir inférieur à la dot, jouit ici d'une exception grâce à laquelle il n'est condamné que dans la limite de son actif brut (§ 37 *sup.*). C'est l'exception *quod facere potest*, que nous retrouverons plus loin. De son côté la femme, ainsi qu'on

cumul, la *retentio propter mores* n'offre d'intérêt qu'autant qu'il n'y a pas d'enfants issus du mariage; 3° le mari ou la femme venant à mourir après le divorce, le droit d'exercer et l'obligation de subir la retenue se transmettent-ils à leurs héritiers? Oui, sans aucun doute, à l'égard des trois retenues fondées sur un pur intérêt pécuniaire. Quant à la retenue *propter mores*, il faut décider négativement (L. 15 § 1; L. 27, *Sol. matr.*); et sur la retenue *propter liberos* il y a lieu de distinguer entre les héritiers du mari et les héritiers de la femme : ceux-ci doivent la subir, mais ceux-là ne peuvent l'exercer; 4° la femme peut-elle avoir, en vertu des cinq causes qui précèdent, des droits correspondants à ceux du mari? Par la force des choses, elle n'en a jamais aucun ni *propter liberos* ni *propter impensas*. Mais comme lui elle peut agir *propter res donatas* et *propter res amotas* (n°s 309 et 670). Pareillement, l'inconduite du mari n'est pas dépourvue de sanction. Doit-il des quantités : selon que l'inconduite est grave ou légère, il perd la totalité ou la moitié des termes que le droit commun lui accorde pour la restitution. Doit-il des corps certains : il est tenu, selon la même distinction, de restituer, outre le capital, les fruits de deux années ou d'une année (Ulp., VI § 13). Très probablement la femme peut aussi exercer l'action *de moribus* (Quint., *Decl.*, 262). On remarquera, au surplus, que là où l'inconduite est réciproque, toute sanction s'évanouit de part et d'autre (LL. 39 et 47, *Sol. matr.* — Val. Max., VIII, cap. 2, n° 3).

l'a déjà vu (n° 290), est munie d'un privilége qui lui donne le pas sur la masse des simples créanciers chirographaires.

Des causes d'extinction spéciales à l'action rei uxoriæ. — Ces causes sont au nombre de deux : 1° supposons le mariage dissous par le divorce. Si la femme meurt ensuite sans avoir ni agi ni du moins mis son mari en demeure, son action, au lieu de passer à ses héritiers, s'éteint (Ulp., VI § 7, — *Fr. vat.*, §§ 95 et 112) (1). Mais ceci ne s'applique pas à une dot profectice constituée par un ascendant qui survit à la femme : l'action *rei uxoriæ* appartient alors à cet ascendant (L. 25 pr., *Rat. rem. hab.*, XLVI, 8). En un mot, et pour enfermer tout dans une seule formule, l'hypothèse qui nous occupe est gouvernée par les mêmes règles que si la femme fût morte *in matrimonio;* 2° supposons le mariage dissous par la mort du mari. S'il a laissé un legs à sa femme, elle n'est point autorisée à le cumuler avec la reprise de sa dot. Aux termes d'une disposition prétorienne, qu'on appelle l'édit *de alterutro*, elle n'a que le droit de choisir. L'acceptation du legs entraîne donc extinction de l'action *rei uxoriæ*. Par voie de conséquence la femme ayant été instituée héritière par son mari, la dot, à la différence des autres dettes héréditaires, ne se déduit pas de la masse sur laquelle on fait le calcul de la loi Falcidia (L. unic. §§ 3 et 8, C., *De rei ux. act.*) (2).

836. La matière de la restitution de la dot fut entièrement refondue par Justinien. Ce fut l'objet d'une longue et célèbre constitution rendue en l'année 530 (L. unic., C., *De rei ux. act.*, V, 13). Pour comprendre la législation de ce prince, rappelons-nous que souvent, par un usage qui remonte sans doute aux *cautiones* primitives, la constitution de dot était accompagnée d'une stipulation de restitution. La dot était alors qualifiée *receptititia* (n° 312), et la restitution en était demandée par une action *ex stipulatu* soumise aux mêmes règles générales que toutes les actions de ce nom, où par conséquent l'on faisait abstraction de la cause véritable de la créance, de ce que j'appellerai le droit dotal. Cette action devait donc, à beaucoup d'égards,

(1) La règle est-elle la même lorsque le mari est mort *in matrimonio*, et que ses héritiers n'ayant pas encore été mis en demeure, la femme vient à décéder? Je ne le pense pas. Car pourquoi les héritiers du mari seraient-ils préférés à ceux de la femme?

(2) Parmi les règles générales de l'action *rei uxoriæ*, il y en a qui peuvent être écartées par un pacte (Ex. LL. 4, 9, 12 pr., *De pact. dot.*, XXIII, 4. — LL. 6 et 7, C., *De pact. conv. tam sup. dot.*, V, 14). D'autres, au contraire, ne le peuvent pas (Ex. LL. 2, 5, 6, 17, 18, *De pact. dot.* — L. 3, C., *De pact. conv. tam sup. dot.* La même observation est vraie dans le droit de Justinien (L. unic. § 16, C., *De rei ux. act.*, V, 13. — T. II p. 560, note 2).

différer de l'action *rei uxoriæ*. Or le point de départ des réformes de Justinien consista à sous-entendre dans toute constitution de dot, quel qu'en fût l'auteur, une stipulation de restitution faite par la femme elle-même (1). De cette règle générale il n'excepta qu'un cas : c'est celui où la dot serait fournie par un *extraneus*, je veux dire par une personne autre que la femme ou l'ascendant investi de la puissance, et où le constituant lui-même s'en serait assuré la restitution par une stipulation ou une convention expresse (L. unic., pr. et § 1, C., *De rei ux. act.*, V, 13). Ceci posé, l'empereur supprima le nom de l'action *rei uxoriæ* et décida que la dot serait toujours redemandée par une action *ex stipulatu* (§ 29 *sup.*) (2). Voilà pour la forme. Quant au fond, il n'adopta d'une manière absolue ni l'organisation de l'ancienne action *rei uxoriæ* ni celle de l'ancienne action *ex stipulatu* ; mais à l'une et à l'autre il fit des emprunts et y joignit quelques innovations. Pour faire connaître ce droit nouveau, je vais indiquer les principales règles qui séparaient autrefois l'action *ex stipulatu* de l'action *rei uxoriæ*, et cela en les divisant en trois groupes : le premier comprendra celles que Justinien conserve ; le second, celles qu'il rejette pour donner purement et simplement la préférence au droit suivi dans l'action *rei uxoriæ;* le troisième enfin, celles qu'il rejette pour innover.

Règles maintenues par Justinien. — 1° de quelque façon que le mariage vînt à se dissoudre, fût-ce par la mort de la femme, l'action *ex stipulatu* s'ouvrait. Car l'effet de la stipulation n'avait point été subordonné à tel mode de dissolution plutôt qu'à tel autre. — Sous Justinien donc la règle générale est que le mari ne garde la dot en aucun cas (L. unic., § 6, C., *De rei ux. act.*, V, 13) (3) ; 2° l'action *ex stipulatu* appartenait toujours ou au stipulant ou à ses héritiers. — Désormais, puisque c'est la femme elle-même qui est réputée avoir stipulé, elle aura beau mourir *in matrimonio*, le droit d'agir qui ne pourra s'ouvrir en sa personne compètera à ses héritiers (*ead leg.*, §§ 6

(1) Comme conséquence de cette idée, et selon la remarque de Justinien lui-même, si la femme a réellement stipulé, cette stipulation est réputée valable nonobstant toutes les causes de nullité qui pourraient l'affecter selon le droit commun.

(2) Au Digeste l'action en restitution de la dot est toujours appelée *actio de dote*. Mais en lui ôtant avec soin sa dénomination technique, les compilateurs n'ont pas osé y substituer l'expression *actio ex stipulatu* qui eût paru fort étrange sous la plume des jurisconsultes.

(3) Comme autrefois, l'insolvabilité du mari a pour effet de rendre la dot exigible même pendant le mariage (L. 29, C., *De jur. dot.*, V, 13. — n° 316).

et 7) (1); 3° l'action *ex stipulatu* ne comportait aucune espèce de retenues, si ce n'est *propter impensas necessarias*. — Justinien (*ead. leg.*, § 5) explique longuement pourquoi il adopte cette règle. Les retenues *propter liberos* et *propter mores*, dit-il, n'ont pas de raison d'être, l'une parce que les devoirs naturels de la mère sont les mêmes que ceux du père, l'autre parce qu'il y a des peines établies par les empereurs contre l'époux dont la faute a donné lieu au divorce (n° 91). Quant aux *res donatæ* et aux *res amotæ*, les actions déjà admises par l'ancien droit paraissent suffisantes. Enfin pour le recouvrement des dépenses utiles, Justinien, sans s'arrêter à l'objection tirée de ce que le mari est propriétaire de la dot, lui donne l'action *mandati* si elles ont été approuvées par la femme, sinon l'action *negotiorum gestorum*. En résumé donc, il n'y a plus désormais que les *impensæ necessariæ* qui puissent autoriser une retenue ; car Justinien conserva avec toute son ancienne portée la règle *impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt* (§ 37 *sup.*) (2); 4° l'action *ex stipulatu* passait aux héritiers du stipulant, alors même que celui-ci mourait sans avoir mis le mari en demeure (*ead. leg.*, § 4). — Une logique impérieuse voulait que cette règle, d'ailleurs conforme au droit commun, fût maintenue par Justinien; car si désormais la mort de la femme peut ouvrir l'action en

(1) C'est, je pense, parce que Justinien voulait que la dot fût toujours restituée à la femme elle-même ou à ses successeurs universels qu'il a pris pour base de sa réforme la fiction d'une stipulation. Sans doute il aurait pu, et c'eût été plus simple, faire résulter directement l'obligation du mari soit du fait même de la dation, soit d'un simple pacte réputé adjoint à la dation. Mais d'après les principes généraux, une dation ou le pacte qui l'accompagne ne peuvent engendrer action qu'au profit de celui qui donne.

(2) La suppression des retenues *propter res donatas*, *res amotas* ou *impensas utiles* ne va pas sans quelque difficulté. Comment, en effet, la concilier avec la théorie de la compensation? Déjà en ce qui concerne l'ancien droit, au moins depuis Marc-Aurèle, il semble que ces retenues ne devaient point être exclues dans l'action *ex stipulatu*, car elles ne sont au fond que des compensations (L. 7 § 5; L. 15 § 1; L. 66 § 1, *Sol. matr.*), et le mari, comme un défendeur quelconque, pouvait, à l'aide d'une exception de dol, forcer le juge à compenser ses créances avec sa dette (L. 1, C., *Rer. amot.*, V, 21). Justinien voudrait-il donc dire que le juge saisi de l'action en restitution de la dot sera absolument sans pouvoir relativement aux créances que le mari peut avoir pour l'une de ces trois causes? Cela n'est point admissible, et voici, je crois, la solution de la difficulté. En supprimant ces *retentiones*, Justinien se propose surtout de couper court à l'esprit de chicane et d'empêcher que la restitution de la dot ne soit retardée sous de vains prétextes. Or précisément il n'autorise la compensation qu'autant qu'elle s'appuie sur un droit facile à vérifier et à apprécier (Inst., § 30, *De act.*). Il faudra donc, pour qu'elle soit rejetée dans nos trois cas, que la créance alléguée par le mari soit assez incertaine ou assez peu liquide pour compliquer et allonger le procès.

la personne de ses héritiers, comment comprendre qu'elle l'éteigne une fois ouverte? 5° enfin l'édit *de alterutro* ne s'appliquait pas quand la femme avait stipulé sa dot. — En constatant et en conservant cette règle, Justinien excepte, comme on le faisait déjà dans l'ancien droit (L. 46, *sol. matr.*), le cas où le legs avait été expressément laissé comme équivalent de la dot (*ead. leg.*, §§ 3 et 8) (1).

Règles rejetées et remplacées par celles de l'action rei uxoriæ. — 1° quand, à la dissolution du mariage, la femme était *alieni juris*, soit que la dot eût été stipulée par elle ou par son père, l'action *ex stipulatu* appartenait à ce dernier qui l'exerçait seul, et s'il mourait avant d'avoir agi, elle passait à ses héritiers. Désormais au contraire, comme jadis dans l'action *rei uxoriæ*, le père n'agira qu'avec le concours de sa fille, et lui mort, c'est elle seule qui sera investie de l'action (*ead leg.*, § 14); 2° la femme, si son père l'avait émancipée ou exhérédée, ne reprenait pas la dot par lui constituée et stipulée; et si elle lui succédait en concours avec d'autres héritiers, elle ne la reprenait que dans la mesure de son droit héréditaire. Désormais, dans toutes ces hypothèses elle aura la propriété exclusive de l'action *ex stipulatu*, comme elle avait autrefois celle de l'action *rei uxoriæ* (*ead. leg.*, § 11); 3° le mari poursuivi par l'action *ex stipulatu* était toujours condamné *in solidum*, nonobstant l'insuffisance de ses moyens. — Justinien lui donne l'exception *quod facere potest* (*ead. leg.*, § 7); 4° enfin l'action *ex stipulatu* était essentiellement *stricti juris*. — Désormais elle sera *bonæ fidei*, comme l'était anciennement l'action *rei uxoriæ* (*ead. leg.*, § 2) (2).

Règles que Justinien remplace par des innovations. — 1° quand la dot avait été stipulée, sans qu'aucun terme fût fixé pour la restitution, elle devenait exigible, tout entière et dans tous les cas, par la dissolution du mariage. — Justinien trouva cette règle trop dure, mais il n'emprunta ni la distinction si rationnelle, ni les délais jadis admis dans l'action *rei uxoriæ*. Pour la dot immobilière, c'est-à-dire consistant en immeubles non estimés, il maintint le principe de la restitution immédiate; pour la dot mobilière, il établit un délai unique d'une année,

(1) Nonobstant cette abrogation de l'édit *de alterutro*, plusieurs fragments du Digeste y font allusion avec évidence (L. 53, *De leg.* 2°, XXXI. — L. 6 § 1, *Quand. dies leg.*, XXXVI, 2).

(2) Ce n'est là dans le droit de Justinien qu'un détail d'une fort médiocre importance, et néanmoins c'est surtout pour le mettre en relief que les Institutes traitent de l'action en restitution de la dot (§ 29 *sup.*).

et ce qui est difficile à justifier, ce délai s'appliqua non seulement aux quantités, mais aux corps certains (*ead. leg.*, § 7 (1); 2° dans l'action *ex stipulatu* la femme concourait avec les autres créanciers chirographaires. — Or non seulement Justinien transporta ici le principe du privilége admis dans l'action *rei uxoriæ*, mais il conféra à la femme une hypothèque tacite qui dut porter sur tous les biens du mari (2) et prendre rang du jour du mariage (*ead. leg.*, § 1). Un an plus tard, en 531, dépassant toutes les exigences de l'équité et sacrifiant absolument celles du crédit public, il privilégia cette hypothèque, c'est-à-dire déclara qu'elle primerait même les hypothèques antérieures au mariage (3). Du reste ce privilége est personnel à la femme; ses héritiers n'ont qu'une hypothèque ordinaire, et encore cela n'est-il nettement exprimé par Justinien que pour les enfants (L. 12, pr. et § 1, C., *Qui pot.*, VIII, 18) (4).

V. — DE L'ACTION *de dolo*.

837. D'après le droit civil, le dol même le plus dommageable n'était pas, en principe, une cause d'obligation et d'action. Sans doute, s'il se rattachait à la formation ou à l'exécution d'un contrat de bonne foi, la partie lésée pouvait agir *ex contractu*, parce que tous les contrats de cette sorte impliquent obligation de ne pas commettre de dol. Une action était également donnée dans le cas où le fait constituait un délit soit à raison même du dol, comme le *furtum*, soit indépendamment de tout dol, comme le *damnum legis Aquiliæ*. Mais en dehors de ces deux ordres d'hypothèses, l'auteur du dol échappait à toute poursuite et gardait

(1) La restitution des immeubles comprend les fruits perçus à partir de la dissolution du mariage, mais les intérêts des sommes d'argent ne commencent à courir qu'au bout de l'année. Quant aux corps certains mobiliers, Justinien, se critiquant indirectement lui-même, les traite à cet égard comme les immeubles. Les fruits et revenus en sont donc dus dès la dissolution.

(2) Elle affecte par conséquent tous les objets qui ont été apportés en dot, et bien qu'ils ne soient point inaliénables, la femme peut désormais les suivre aux mains des tiers (n° 315).

(3) Ce privilége et l'hypothèque elle-même n'appartiennent qu'à la femme catholique (nov. 109).

(4) Un cas exceptionnel doit être signalé : c'est celui d'un conflit soit entre les deux femmes successives d'un même homme, soit entre la seconde et les enfants de la première. Ici la priorité appartient toujours à la première femme ou à ses enfants, de sorte que par la force des choses ceux-ci ont la préférence sur les créanciers antérieurs au mariage de leur mère (L. 12 § 1, C., *Qui pot.* — Nov. 91, pr. et cap. 1).

même le bénéfice honteux de sa mauvaise foi (1). C'est pour faire cesser cette iniquité qu'en l'an de Rome 688 le préteur Aquilius Gallus, le même qui a donné son nom aux posthumes Aquiliens (nº 338) et à la stipulation Aquilienne (nº 707), proposa pour la première fois la formule *de dolo*, et tous les édits subséquents la reproduisirent. Nous avons à cet égard le témoignage de Cicéron, qui fut collègue d'Aquilius Gallus dans la préture, et qui compare la nouvelle action à un filet où viennent se prendre toutes les fraudes (*everriculum malitiarum omnium*. — *De off.*, III, 14. — *De nat. deor.*, III, 30) (2).

Pour se rendre un compte exact des règles de l'action *de dolo*, deux choses sont essentielles. Il faut d'abord savoir qu'elle tend bien moins à punir l'auteur du dol qu'à l'empêcher de s'enrichir et surtout à indemniser la personne lésée (L. 1 pr., *De dol. mal.*, IV, 3). Il faut aussi être averti qu'elle emporte infamie pour le défendeur condamné (L. 1, *De his qui not.*, III, 2). Cette rigueur exceptionnelle explique les traits les plus originaux de notre action.

838. *Du fondement de l'action* DE DOLO. *De son objet. Des personnes à qui et contre qui elle compète.* — Par la nature même des choses, cette action ne peut résulter que d'un préjudice causé par dol. Le préjudice n'a pas besoin d'être longuement défini : il s'analyse, ici comme partout, en une diminution du patrimoine d'autrui. Mais qu'est-ce que le dol ou *dolus malus* (3)? D'après Aquilius Gallus, il consiste à si-

(1) Conformément à une observation déjà faite (T. I, p. 937, note 2), les censeurs pouvaient bien punir les actes de dol; mais avaient-ils à leur disposition des moyens de contrainte directe pour faire réparer le dommage? C'est ce qui est au moins douteux.

(2) Le système prétorien relatif à la réparation du dol comprend, outre l'action que je vais étudier, l'exception *doli mali* et l'*in integrum restitutio ob dolum*. L'exception de dol fut proposée pour la première fois par un préteur appelé Cassius (L. 4 § 33, *De dol. mal. et met. exc.*, XLIV, 4), probablement celui que Valère Maxime (III, cap. VII, nº 9) rapporte avoir été surnommé *scopulus reorum* à cause de sa grande sévérité. Elle remonte donc au milieu du VIIᵉ siècle de Rome. Quant à l'*in integrum restitutio ob dolum*, il est impossible de fixer, même par approximation, l'époque où elle fut introduite. Mais le passage précité du traité *de officiis* prouve qu'elle n'est point antérieure à l'action *de dolo*. L'anecdote rapportée par Cicéron est des plus connues. Le chevalier Canius, trompé par les manœuvres du banquier Pythius, avait acheté une propriété d'agrément pour un prix tout à fait exagéré, et Pythius, qui savait bien qu'en qualité de vendeur il devait répondre de son dol, s'était hâté de substituer un contrat *litteris* au contrat de vente. Dès lors, dit Cicéron, Canius n'avait plus à son service aucune voie de procédure pour se faire indemniser. C'est donc que l'*in integrum restitutio* n'était point encore admise à raison du dol.

(3) Dans le dernier état de la langue latine le mot *dolus* employé seul équivaut

muler une chose et à en faire une autre (Cic., *loc. cit.*) Évidemment, Aquilius Gallus ne pensait qu'à la simulation qui tend à tromper un tiers, et sa définition fut expressément complétée en ce sens par son élève Servius Sulpicius. Néanmoins, elle ne satisfit pas Labéon. La simulation, dit ce jurisconsulte, peut être exempte de dol, et le dol peut avoir lieu sans simulation. La première de ces deux critiques n'est guère sérieuse; car assurément ni Aquilius Gallus ni Servius Sulpicius ne tenaient pour coupable de dol celui qui simule, sans nuire à personne, pour son propre bien ou pour le bien d'un tiers (1). La seconde critique mérite plus d'attention. Une distinction tout à fait essentielle nous en fera saisir la portée. Il y a des cas où celui qui a conçu la mauvaise pensée de nuire à autrui la réalise lui-même directement; par exemple, il donne la mort à un esclave que son maître devait livrer à un tiers, et par là éteint la créance, ou bien c'est un nu-propriétaire qui, pour affranchir son terrain d'un droit d'usufruit, le fait disparaître sous une construction (L. 18 § 5, *De dol. mal.* — L. 5 § 3, *Quib. mod. ususfr.*, VII, 4. — L. 9 pr., *Si serv. vind.*, VIII, 5) (2). Dans de telles espèces le dol évidemment n'implique aucune simulation. Mais il y a d'autres cas, et beaucoup plus nombreux peut-être, où le désir de nuire ne se réalise que par le concours de la personne même qu'on se propose de léser; et alors certainement la simulation est le fait ordinaire. Ainsi je voudrais vous déterminer à répudier une hérédité avantageuse ou à libérer un débiteur qui ne vous a point payé. Que peut ici ma volonté sans la vôtre? Rien. Ma mauvaise foi a besoin de trouver en vous un auxiliaire inconscient. Vous mettre dans l'erreur et

à *dolus malus*. Mais les anciens avaient admis aussi un *dolus bonus*, et ils y faisaient rentrer notamment toute espèce de tromperies et de pièges dirigés contre des ennemis ou des brigands (L. 1 § 3, *De dol. mal.*). *Dolus an virtus, quis in hoste requirat*, dit Virgile (Æneid., II, v. 390). On peut également comprendre dans le *dolus bonus* soit les ruses non prohibées que deux contractants emploient pour obtenir l'un de l'autre de meilleures conditions (L. 16 § 4, *De min.*, IV, 4), soit celles qui ont un but absolument honnête, par exemple celles dont on use pour faire prendre des médicaments à un malade (Lucret., *De rer. nat.*, I, v. 934 et suiv.; IV, v. 11 et suiv.). Sur le mot *dolus* et sur beaucoup d'autres qui dans la langue définitive ont par eux-mêmes un sens favorable ou défavorable, et qui primitivement avaient besoin d'être déterminés par un adjectif, on consultera un chapitre d'Aulu-Gelle (XII, 9).

(1) Le mot *decipere* qu'avait employé Servius Sulpicius n'implique pas absolument que l'on trompe dans l'intention de nuire. C'est ce que prouvent les passages déjà cités de Lucrèce (p. 1062, note 3), et de là la critique de Labéon. Le jurisconsulte Pédius y fit droit en substituant *circumscribere* à *decipere* (L. 7 § 9, *De pact.*, II, 14).

(2) Les textes donnent d'autres exemples du même genre (L. L. 34 et 35, *De dol. mal.* — L. 14 pr., *De præscr. verb.*, XIX, 5).

entraîner ainsi votre consentement, voilà donc le but que je vais poursuivre, et pour l'atteindre, il me sera difficile de ne pas simuler, c'est-à-dire de ne pas feindre ce qui n'est pas ; par exemple, j'attribuerai à l'hérédité des dettes imaginaires, j'affirmerai que votre débiteur a déjà payé ou est devenu absolument insolvable. Mais allons-nous généraliser ces exemples et en conclure que le dol qui tend à obtenir le consentement d'un tiers ne se puisse concevoir sans simulation? Cette doctrine absolue serait deux fois fausse. Et, en effet, plaçons-nous d'abord dans l'hypothèse de deux parties qui font ensemble une convention : est-ce que l'une d'elles ne peut pas commettre un dol par voie de simple réticence et dissimulation ? Ainsi, vous vous trompez sur la qualité de la chose que je vous promets ; ce n'est pas moi, je le suppose, qui ai provoqué cette erreur, mais je la vois et me garde de la dissiper. Ainsi encore vous avez stipulé de moi une chose, et intentionnellement je la laisse dépérir faute de soins. Est-ce que dans ces divers cas mon silence et mon inaction ne constituent pas un dol qui donnera naissance à l'action *de dolo* (1)? Et pourtant il n'y a pas simulation proprement dite ; car simuler, c'est parler ou agir, et non pas simplement se taire ou s'abstenir. Allons plus loin : celui qui pour enlever votre consentement recourt à la violence ne commet-il pas néanmoins un dol, et un dol d'une gravité particulière (L. 14 § 13, *Quod met. caus.*, IV, 2) ? Or, il n'y a ici ni simulation ni même dissimulation ; car la violence, bien loin de cacher la pensée de nuire, la révèle avec éclat. Comme conclusion de ces critiques, Labéon qualifie dol toutes ruses, fourberies ou manœuvres qui tendent à frustrer un tiers, et Ulpien (L. 1 § 2, *De dol. mal.*) approuve cette définition plus large et plus complète assurément que celle d'Aquilius Gallus, mais aussi beaucoup plus vague, tellement vague que volontiers on la supprimerait pour dire simplement avec Paul que tout ici se ramène à

(1) Nulle part cette doctrine n'est formellement énoncée, mais il y a des textes qui l'appliquent (L. 18 § 3, *De donat.*, XXXIX, 5. — L. 1, C., *De jur. dot.*, V, 12), et d'ailleurs, la mauvaise foi qui laisse faire et qui n'agit pas est bien prise en considération dans les actions de bonne foi (Cic., *De off.*, III, 16) ; elle rend la stipulation *de dolo* exigible (L. 22, *De verb. obl.*, XLV, 1) et donne lieu à l'exception *doli mali* (L. 4 pr., *De dol. mal. et met. exc.*, XLIV, 4). Pourquoi donc ne serait-elle pas également suffisante pour engendrer l'action *de dolo?* Au surplus, ceci n'est vrai que du silence gardé par une partie contractante ou de l'inaction d'une personne déjà obligée. Hors de là, notre action suppose toujours des manœuvres proprement dites, c'est-à-dire des actes ou des paroles ; car c'est un principe général que le législateur, compétent pour nous empêcher de nuire à nos semblables, est incompétent pour nous forcer à leur faire du bien.

une question de fait (L. 1 § 2, *De dol. mal. et met., except.*, XLIV, 4).

A la détermination des causes qui engendrent l'action *de dolo* se rattachent intimement les trois règles suivantes : 1° cette action a pour unique objet la réparation du préjudice causée par le dol : elle tend donc à indemniser le demandeur, non à l'enrichir (L. 17 pr., *De dol mal.*), et à ce point de vue n'a rien de pénal. Néanmoins, comme elle appauvrit le défendeur toutes les fois que celui-ci n'a rien gagné à son dol ou n'y a pas gagné de quoi le réparer entièrement, les Romains, à grand tort, la font naître *ex delicto* (L. 29, *De dol. mal.*), et dans une mesure que je préciserai plus loin (n° 837), la soumettent aux règles des actions pénales; 2° l'action *de dolo* compète à l'individu lésé, et cela sans distinguer si c'est contre lui précisément que le dol était dirigé ou contre toute autre personne (1); 3° l'action *de dolo* se donne contre l'auteur du dol, contre lui seul. N'en n'est donc point tenu celui qui a simplement profité du dol d'autrui sans y avoir participé ni l'avoir connu.

Ces deux dernières règles reçoivent quelques exceptions qui se justifient ou s'expliquent par le caractère infamant de l'action *de dolo*. En effet, le dol a-t-il été commis par un ascendant contre son descendant, par un patron contre son affranchi, par un conjoint contre son conjoint, notre action n'est point accordée, et cela parce que, quelques reproches que mérite l'auteur du dol, sa victime lui doit des égards (2). Les convenances l'emportent ici sur la justice absolue. Par une application moins heureuse à coup sûr et moins morale de la même idée, on refuse également l'action *de dolo* lorsque, à raison de sa condition vulgaire ou des désordres habituels de sa conduite, la personne lésée est tout à fait inférieure à l'auteur du dol (L. 11 § 1, *De dol. mal.* — L. 5, C., *De dol. mal.* — L. 1, C., *De jur. dot.*, V, 12).

(1) Cette distinction était certainement rejetée en ce qui concerne l'exception *doli mali* (L. 2 § 2, *De dol. mal. et met. exc.*); et plusieurs textes prouvent, par la généralité de leur rédaction, que l'on ne s'en préoccupait pas non plus ici (L. 18 § 5; L. 35, *De dol. mal.*).

(2) Relativement aux descendants et affranchis nous n'avons ici que l'application d'une règle plus générale : c'est que contre leurs ascendants ou leurs patrons le préteur non seulement leur interdit l'exercice d'une action infamante quelconque, mais même ne leur accorde ni actions ni exceptions où figurent l'un des mots *dolus*, *fraus*, *vis*, *metus* (L. 5 § 1; L. 6; L. 7 pr., § 2, *De obseq.*, XXXVII, 15, — L. 4 § 16, *De dol. mal. et met. exc.*, XLIV, 4). Cependant le magistrat peut *cognita causa* s'écarter de cette règle (L. 10 § 12, *De in jus voc.*, II, 4); et elle ne s'applique point à l'action *furti*, quand le père a volé un objet compris dans le pécule *castrense* de son fils (L. 52 § 6, *De furt.*, XLVII, 2).

839. *Du caractère subsidiaire de l'action* de dolo. — Aux termes formels de l'édit, l'action *de dolo* n'est accordée qu'à défaut d'autre action (L. 1 § 1, *De dol. mal.*). Trois propositions vont déterminer la portée de cette règle : 1° le mot action se prend ici dans le sens le plus large. D'une part, il embrasse toute espèce de voies de poursuites, quelque nom particulier qu'on leur donne, et par conséquent, notre action ne compète ni à celui que protège un interdit, ni à celui qui peut sans alléguer le dol se faire restituer *in integrum* (L. 1 §§ 4 et 6; L. 38, *De dol. mal.*). A plus forte raison, ne distingue-t-on pas entre les diverses actions proprement dites : une action pénale ordinaire, même une action populaire (1) suffiront donc à écarter l'action *de dolo* (2), car tout en ne tendant qu'à punir l'auteur du délit, en fait elles indemnisent le demandeur (L. 7 §§ 1 et 2, *De dol. mal.*). D'autre part, les moyens de défense eux-mêmes rentrent ici dans la signification générale du mot action. Ainsi, vous m'avez par dol surpris une promesse ; mais la chose promise est hors du commerce, ou bien il s'agit d'une promesse gratuite qui excède le *modus Cinciæ* : je puis vous opposer dans un cas la nullité absolue de mon obligation, et dans l'autre, l'exception de la loi Cincia; et ces circonstances spéciales étant écartées, je resterais encore protégé par l'exception *doli mali*. Dans tous ces cas, par conséquent, l'action *de dolo* m'est inutile et me sera refusée (L. 1 §§ 4 et 5, *De dol. mal.*). En résumé donc, ce qu'on appelle action en notre matière, ce sont toutes les voies de procédure qui peuvent assurer la réparation du préjudice; 2° l'action *de dolo* est exclue même par les actions ou moyens de défense que la personne lésée peut avoir contre un tiers étranger au dol; mais alors, s'il s'agit d'une action véritable, c'est-à-dire d'une voie de poursuite, il faut que ce tiers soit solvable, car être sans action ou agir contre qui n'a rien, au point de vue pratique c'est tout un (L. 1 § 8; LL. 2 à 6; L. 7 §§ 9, *De dol. mal.*); 3° toutes les fois que la personne lésée a perdu par sa faute l'action ou le moyen de défense qui la protégeait, l'action *de dolo* lui est refusée

(1) Sur les actions populaires il y avait un motif particulier d'hésitation : c'est qu'appartenant à tout le monde, elles ne comptent dans le patrimoine de personne. La raison de décider est que plusieurs personnes se présentant pour les exercer, l'intéressé est toujours préféré aux autres (n° 858).

(2) Pour donner de l'intérêt à ces décisions, il faut supposer que nulle action *rei persequendæ gratia* ne concourt avec l'action pénale. Par exemple des fruits encore pendants ont été volés sur une propriété grevée d'usufruit : l'usufruitier a l'action *furti* et n'en a pas d'autre, mais c'est assez pour lui faire refuser l'action *de dolo*.

comme si les choses étaient encore entières (L. 1 §§ 6 et 7, *De dol. mal.*) (1). — On le voit donc, l'esprit du préteur est de restreindre l'action *de dolo* dans les plus étroites limites, car il lui répugne de prodiguer l'infamie, et néanmoins, comme la nécessité de réparer le préjudice passe avant tout, un simple doute sur l'existence d'une autre action permettra d'agir *de dolo*. Telle était déjà l'opinion de Labéon, et tel est le principe posé par Ulpien (L. 7 § 3, *De dol. mal.*) (2).

Le caractère subsidiaire de l'action *de dolo* est fécond en conséquences. En voici trois qui sont d'une application particulièrement fréquente :

1° Lorsqu'une personne est tenue d'une action de bonne foi, le dol qu'elle a pu commettre soit au moment de la formation du contrat, soit depuis, ne donne jamais lieu à l'action *de dolo*, parce qu'ici, comme je le rappelais tout à l'heure, l'action contractuelle assure suffisamment la réparation du dol, l'assure même mieux que ne le ferait l'action *de dolo* (L. 9 pr., *De dol. mal.* — L. 152 § 3, *De reg. jur.*, L, 17) (3).

2° Le débiteur actuellement muni d'une exception de dol n'a pas et ne peut jamais avoir l'action *de dolo*. En effet, aussi longtemps qu'il doit, cette action lui est inutile ; pouvant se défendre, il n'a pas besoin d'attaquer (L. 40, *De dol. mal.*). Que si l'on suppose

(1) D'après ces textes, pour que l'action *de dolo* succédât à l'action antérieure qu'on a perdue, il faudrait que cette perte elle-même fût le résultat d'un dol. Je crois que c'est aller trop loin, et que l'action *de dolo* n'est pas refusée à celui qui a perdu sans sa faute l'action par laquelle il aurait pu se faire indemniser des conséquences dommageables du dol (L. 14 pr., *De aqu. et aqu.*, XXXIX, 3).

(2) Labéon donnait l'exemple suivant : un esclave ou un fonds ont été promis, le débiteur en transfère la propriété et fait une promesse *de dolo*. Si plus tard le créancier s'aperçoit que l'esclave lui a été livré empoisonné, le fonds détérioré ou grevé de servitudes prédiales, aura-t-il l'action *de dolo?* Oui, car on doute qu'il puisse user de l'action *ex stipulatu*. D'où vient ce doute? La stipulation *de dolo* paraît avoir été ainsi conçue : *spondes dolum malum abesse et abfuturum* (L. 19 pr., *Jud. solv.*, XLVI, 7). Or probablement une interprétation étroite n'admettait pas qu'une telle formule comprît le dol passé. Mais Ulpien rejette cette subtilité ; et, en effet, en livrant la chose qu'il a détériorée le débiteur ne fait que reproduire ou continuer son dol. L'action *de dolo* sera donc, dans notre espèce, exclue par l'action *ex stipulatu*. L'exemple présenté par Labéon étant ainsi écarté, Ulpien ne songe pas à le remplacer, mais ailleurs il nous en donne un autre (L. 15, *De præscr. verb.*, XIX, 5. — T. II, p. 577, note 1).

(3) Labéon avait donc tort, selon la remarque d'Ulpien, de donner l'action *de dolo* contre un vendeur qui avait sciemment détérioré la chose vendue avant de la livrer. En effet, ce vendeur n'a point exécuté l'obligation née de son contrat et en conséquence reste tenu de l'action *empti* (L. 7 § 3, *De dol. mal.*).

son obligation exécutée, de deux choses l'une : ou il a connu l'exception qui le protégeait, et il y a renoncé (L. 12, *De nov.*, XLVI, 2), ou il l'a ignorée et alors la *condictio indebiti* lui compète à raison du caractère perpétuel de l'exception *doli mali* (n° 659).

3° Une stipulation *de dolo* rend toujours notre action non recevable, car alors l'obligation de ne pas commettre de dol résulte d'un contrat et a pour sanction régulière l'action *ex stipulatu* (L. 4 § 16, *De dol. mal. et met. exc.*, XLIV, 4). La stipulation *de dolo* est particulièrement usitée dans les cas suivants : 1° lorsqu'une personne fait une stipulation, contrat strict qui, comme on l'a vu (n° 664), ne suffit pas à rendre l'obligé responsable d'un dol quelconque (LL. 22 et 119, *De verb. obl.*, XLV, 1. — L. 3, C., *De rec. arb.*, II, 56) ; 2° lorsque le débiteur tenu d'une action *stricti juris* fait un payement amiable, et que le créancier craint qu'il n'ait détérioré la chose (L. 7 § 3, *De dol. mal.*) ; 3° lorsque dans le courant d'une instance, et afin d'obtenir son absolution, le défendeur fait un payement ou une restitution, soit spontanément, soit sur l'ordre du juge (L. 9 §§ 5 et 7, *Quod met. caus.*, IV, 2. — LL. 20, 18, 45, *De rei vind.*, VI, 1) (1). Dans ces cas, et dans tous ceux que l'on pourrait y ajouter, la stipulation *de dolo* s'explique par les avantages qu'elle assure, tant au stipulant qu'au promettant lui-même, l'action qui en dérive n'étant pas, comme l'action de dol, temporaire, intransmissible passivement et infamante (2).

840 *a*. La règle qui subordonne l'action *de dolo* à l'absence de toute autre voie de procédure est posée dans les textes avec une telle précision et les applications en sont si nombreuses qu'elle ne paraît pas contestable. On l'a contestée néanmoins. Je ne m'arrêterai que sur les deux objections les plus spécieuses : 1° lorsque le dol a été compliqué de violence, la personne lésée choisit entre l'action *quod metus causa* et l'action *de dolo* (L. 14 § 13, *Quod met. caus.*, IV, 2). Cette option est certaine, mais qu'en conclure ? Une seule chose, c'est que la règle générale comporte une exception, et alors il ne s'agit plus que de nous rendre compte de l'exception. Une explication historique a été donnée : l'action *de dolo* serait plus ancienne que l'action *quod metus*

(1) Dans cette hypothèse, l'action aurait beau être de bonne foi, la stipulation *de dolo* n'en serait pas moins utile, et cela parce que l'action une fois exercée ne peut pas être intentée une seconde fois (Gaius, IV, § 131).

(2) Avant l'introduction de l'action de dol, la stipulation *de dolo* avait encore bien plus d'utilité et plus de raison d'être : elle faisait naître une action là où le droit commun n'en donnait aucune, elle était donc le seul moyen d'empêcher que le dol ne restât sans réparation.

causa, de sorte qu'à son origine elle aurait été la sanction très régulière, la sanction exclusive du dol exercé avec violence; puis on aurait oublié ou négligé de lui retirer cette application le jour où l'action *quod metus causa* prit place dans le droit commun. Cette explication serait satisfaisante, si l'antériorité de l'action *de dolo* était prouvée ou simplement probable. Mais nous ne tarderons pas à voir que la vraisemblance est plutôt en faveur de l'opinion contraire (n° 844). Aussi croirais-je volontiers que c'est avec réflexion que le préteur autorisa l'option dans notre espèce. Sa pensée fut que le dol commis avec violence étant le plus grave de tous, c'est aussi celui dont la réparation et la répression doivent être assurées avec le plus d'énergie. Or, des actions *de dolo* et *quod metus causa*, quelle est celle qui répond le mieux au but? Tout ici dépend des circonstances. Dans l'action *de dolo*, la condamnation ne dépasse pas le préjudice, mais elle est infamante; dans l'action *quod metus causa*, elle n'est point infamante, mais elle s'élève au quadruple du préjudice. Ainsi l'une ne fait qu'indemniser le demandeur, l'autre peut l'enrichir; l'une atteint plus profondément le défendeur dans ses intérêts moraux, l'autre dans ses intérêts pécuniaires. Avant de choisir, le demandeur consultera donc sa propre situation et celle de son adversaire, il examinera également si celui-ci doit être sensible à l'infamie, si ce n'est pas une de ces personnes qui comptent pour rien leur honneur et leurs droits politiques; 2° le dol qui a influé sur la formation d'un acte juridique est une cause de *restitutio in integrum*. Or, il peut engendrer aussi l'action *de dolo*. Donc, dit-on, la personne lésée aura deux voies à son service. Quelques interprètes suppriment la difficulté par un moyen héroïque : ils nient l'*in integrum restitutio ob dolum*. D'autres, plus fidèles aux textes, font la part des deux voies. En règle, disent-ils, et dirai-je avec eux, c'est l'action *de dolo* qui doit être donnée. De même donc qu'en général elle est exclue par une restitution fondée sur une cause indépendante du dol, de même elle exclut, quand cela est sans danger, la restitution fondée sur le simple dol. Mais il y a des cas où l'action *de dolo* est insuffisante et doit être remplacée par un remède plus efficace ou mieux approprié au but poursuivi. C'est ce qui arrive lorsque le dol a été commis par un insolvable et qu'un tiers de bonne foi en a profité. Ainsi les manœuvres de Primus m'ont poussé à libérer un débiteur ou à faire adition d'une hérédité qui ne vaut rien. Si Primus, seul tenu de l'action *de dolo*, n'est pas solvable, à quoi me servira-t-elle? Au contraire, par l'*in integrum restitutio* je recouvrerai ma créance ou

redeviendrai étranger à l'hérédité (1). Allons plus loin : l'auteur du dol fût-il solvable, on comprend encore que l'*in integrum restitutio* soit préférée, comme fournissant un mode de réparation plus conforme à la nature du préjudice causé. Par exemple, j'ai succombé dans un procès par le dol de mon adversaire. Pour réussir dans l'action *de dolo*, me suffirait-il d'établir les faits constitutifs du dol ? Non ; je devrais prouver de plus qu'ils ont été la seule cause de mon échec, ou en d'autres termes que le droit était de mon côté. Or cette preuve peut être difficile et longue ; elle exige que l'on refasse en quelque sorte, devant le juge de l'action *de dolo*, le procès terminé. Cela étant, au lieu de donner une action infamante, n'est-il pas plus simple que le préteur rescinde le jugement et les actes de procédure qui ont été la conséquence du dol (L. 7 § 1, *De in int. rest.*, IV, 1. — L. 33, *De re jud.*, XLII, 1) ? De cette façon les parties se trouveront exactement replacées dans la position respective qu'elles avaient au moment qui a précédé le dol.

841. *De la durée de l'action* de dolo. — En général les actions prétoriennes nées *ex delicto* ne peuvent être demandées que pendant un an. Telle est la règle suivie en notre matière (L. 35 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7), et dont au besoin l'application se justifierait par le caractère

(1) Cette doctrine n'est établie par aucune décision formelle. Mais elle a en sa faveur des arguments d'analogie. Il y a des textes qui admettent l'*in integrum restitutio ob dolum* dans des cas où, selon le droit commun, la personne lésée n'aurait action que contre un insolvable (L. 3 § 1, *De eo per quem*, etc., II, 10. — L. 18, *De int. in jur.*, XI, 1).

(2) Les deux objections qui viennent d'être réfutées ne sont pas les seules qu'on ait élevées contre le caractère subsidiaire de l'action *de dolo*. En voici quelques autres : 1° il y en a une à laquelle j'ai répondu par avance. Elle se tire de certains textes qui, prévoyant l'hypothèse d'un *negotium facio ut des*, admettent l'action *de dolo*, soit seule, soit concurremment avec l'action *præscriptis verbis* (T. II, p. 577, note 1) ; 2° un texte déjà cité d'Ulpien paraît donner le choix entre l'action *ex testamento* et l'action *de dolo* (L. 5 § 3, *Quib. mod. ususfr.*, VII, 4). Mais ce n'est là qu'une apparence : Ulpien veut simplement dire qu'il y aura lieu, selon les cas, ou à l'une ou à l'autre de ces deux actions ; 3° le même Ulpien, supposant une fraude commise par un vendeur, dit que l'acheteur agira *de dolo* (L. 37, *De dol. mal.*). Mais ces mots doivent s'entendre en ce sens que le dol du vendeur servira de cause à l'action *ex empto ;* 4° je réponds d'une façon semblable au sujet d'une constitution qui autorise le débiteur principal à agir *de dolo* contre son fidéjusseur (L. 1, C., *De dol. mal.*, II, 21). Elle signifie que le dol donnera lieu à l'action *mandati contraria*. Toutefois cette constitution a servi de base à un système que je me contente de signaler et d'après lequel l'action *de dolo* pourrait concourir avec une autre action infamante. Il y aurait donc ici une exception à la règle générale, mais cette exception n'aurait pas grande utilité, et l'ensemble des textes ne permet pas de l'admettre.

infamant de l'action *de dolo* (L. 29, *De dol. mal.*) (1). Du reste, l'année dont il s'agit ici est une simple année utile (L. 3, C., *De dol. mal.*); elle ne commence jamais à courir avant la découverte du dol, et elle est donnée pour engager l'action, non pour la faire juger. Tous ces détails résultent d'une constitution de Constantin qui modifie considérablement les règles anciennes (L. 8, C., *De dol. mal.*, IV, 3). En effet, à l'année utile ce prince substitue deux années continues (2). Puis, ce qui est moins raisonnable, il place le point de départ du délai au jour même où le dol a été commis, et veut que l'action soit non seulement intentée, mais jugée, dans les deux ans. D'où il peut résulter que la personne lésée perde son droit avant de le connaître ou le connaisse trop tard pour avoir le temps d'obtenir une sentence. — Au surplus, même avant l'expiration de l'année utile, et, plus tard, des deux ans continus, l'auteur du dol venant à mourir, l'action *de dolo* s'éteint par application d'une règle commune à toutes les actions qui ont pour cause un délit (L. 35 pr., *De obl. et act.*).

De la causæ cognitio *et de la formule.* — L'édit porte que l'action *de dolo* sera accordée *si justa causa videbitur*, c'est-à-dire après examen (L. 1 § 1, *De dol. mal.*). Mais, dira-t-on, il n'y a aucune action que le magistrat délivre les yeux fermés; il n'y en a pas qu'il ne refuse lorsque les allégations du demandeur ne répondent point aux conditions exigées. Que trouvons-nous donc ici d'exceptionnel? C'est précisément que, nonobstant la réunion des conditions essentielles de l'action, le magistrat se réserve la faculté ou même s'impose l'obligation de la refuser selon les circonstances. Pour me faire comprendre, il faut que je précise les points spéciaux sur lesquels porte la *causæ cognitio*. Le magistrat examine d'abord, et cela sans être enchaîné par aucune règle, si, en tenant pour vrais les faits articulés par le demandeur, il en résulte à la fois un dol assez grave et assez évident (L. 7 § 10, *De dol. mal.*) et un préjudice d'une importance sérieuse

(1) Paul (L. 5 § 6, *De dol. mal.* et *met. exc.*, XLIV, 4), comparant l'action *de dolo* qui est temporaire à l'exception *doli mali* qui est perpétuelle, explique ainsi cette différence : le demandeur agit quand il lui plaît, tandis que le défendeur, livré au caprice de son adversaire, ne choisit ni le moment de la poursuite, ni par conséquent celui de la défense. Je pense que Paul a simplement voulu montrer que l'exception *doli mali* ne pouvait pas ne pas être perpétuelle, mais qu'il n'a pas entendu donner le vrai motif du caractère temporaire de l'action *de dolo;* car il n'y a pas d'action que le demandeur n'intente à l'heure de son choix, et pourtant la perpétuité est la règle générale des actions.

(2) De là les mots *post statutum tempus* substitués aux mots *post annum* dans un texte du Digeste (L. 30 § 6, *De pec.*, XV, 1).

(L. 9 § 5; L. 11 pr., *De dol. mal.*) (1). La solution négative de l'une de ces questions emporte refus de l'action *de dolo*, et pourtant le dol et le préjudice peuvent ne pas faire défaut; mais l'esprit de l'édit est de ne pas prodiguer l'infamie. En second lieu, le magistrat se pose deux autres questions sur lesquelles son appréciation n'est plus aussi libre. Le droit commun ne fournit-il aucun moyen d'obtenir la réparation du dol (L. 2, C., *De dol. mal.*)? Le défendeur ne serait-il pas tenu, pour l'une des causes déjà indiquées (n° 839), à des égards spéciaux et à des ménagements envers le demandeur (2)? Si l'une de ces questions comporte une réponse affirmative, l'action *de dolo* doit être refusée (3).

L'action *de dolo*, n'appartenant point au droit civil et ne reposant sur aucune fiction, a certainement une formule conçue *in factum*. Dans cette formule, il y a quatre choses à relever : 1° elle exprime formellement que le dol est l'œuvre du défendeur (L. 15 § 3, *De dol. mal.*); ainsi se traduit dans la procédure cette règle déjà connue que l'auteur du dol est seul tenu *de dolo*; 2° l'articulation générale et vague d'un dol ne suffit pas : il faut que les faits qui le constituent soient énoncés avec précision (L. 16, *De dol. mal.*); 3° la condamnation n'est pas ici une conséquence immédiate de la vérification de l'*intentio*; elle est subordonnée à l'inexécution d'une restitution que le défendeur doit fournir sur l'ordre du juge. En d'autres termes, l'action *de dolo* est arbitraire (Inst., § 31, *De act.*, IV, 6); 4° enfin la *condemnatio* est *incerta*, et cela parce que le montant du dommage est naturellement indéterminé (L. 18 pr., *De dol. mal.*) (4).

(1) Entre ces deux lois qui appartiennent à Ulpien, les compilateurs ont inséré (L. 10) quelques mots de Paul, d'où il résulterait que le préjudice doit s'élever au moins à deux *aurei*. Que tel soit donc le droit de Justinien, je l'accorde. Mais que tel fût déjà le droit classique, cela n'est guère plausible; l'importance du préjudice devait s'apprécier *ex personis et causis*. Sinon, il est plus que probable que le texte même d'Ulpien eût énoncé la règle dans toute sa précision. Quel était dans l'original le sens des mots empruntés à Paul? Nous l'ignorons, et cela est sans importance Ma doctrine est du reste confirmée par un texte du code (L. 5, *De dol. mal.*, II, 21).

(2) Le magistrat examine sans doute aussi si l'action n'est pas éteinte *tempore* ou *morte*. Mais cela n'est plus spécial à notre matière. Cet examen s'impose à lui toutes les fois qu'il s'agit d'une action temporaire et intransmissible passivement.

(3) Supposons que le magistrat ait mal résolu ces deux questions, et en fait ait délivré l'action *de dolo* soit à une personne munie d'une autre action, soit à un affranchi contre son patron. Le juge sera néanmoins lié et le défendeur succombera si l'*intentio* est justifiée. Au contraire, en ce qui concerne le dol et le préjudice, la décision du magistrat n'a que la valeur de nos jugements interlocutoires; mais la preuve de l'un et de l'autre devra être faite devant le juge.

(4) D'après ce texte, le caractère incertain de la *condemnatio*, ici comme dans

842. *Du caractère arbitraire et des résultats de l'action* de dolo. — En faisant cette action arbitraire, on a voulu que le défendeur, quoique coupable, eût une porte ouverte pour échapper à l'infamie. Il lui suffit, à cette fin, d'exécuter la satisfaction arbitrée et ordonnée par le juge.

Voyons d'abord en quoi cette satisfaction consiste. Sous une autre forme, cela revient à examiner quel est l'objet de l'obligation née du dol. Or, la règle est assez simple : le défendeur doit procurer la remise des choses dans leur état antérieur toutes les fois que le dol n'a pas rendu cette remise impossible; sinon, il doit une somme d'argent égale au montant du dommage causé. Pour développer cette distinction, je me placerai successivement dans deux ordres d'hypothèses.

1° *Le résultat du dol consiste en un acte juridique.* — Ici l'on doit distinguer si les effets de cet acte peuvent ou non être détruits par un acte contraire. S'ils le peuvent, et c'est certainement le cas le plus ordinaire, l'obligation aura précisément pour objet de les détruire. Par exemple, le dol m'a-t-il déterminé à faire une aliénation ou à éteindre une servitude : ce qui m'est dû, c'est une retranslation de ma propriété ou une reconstitution de la servitude, le tout accompagné d'une promesse *de dolo* (L. 9 § 5, *Quod met. caus.*, IV, 2). Ainsi encore, ai-je fait une promesse : j'en exigerai la remise par voie d'acceptilation; et à l'inverse, si j'ai fait une acceptilation, le défendeur devra ou exécuter dès à présent l'obligation éteinte, ou s'engager par une promesse semblable à la précédente, et si elle est actuellement exigible, consentir à la délivrance immédiate d'une formule (L. 9 § 7, *Quod met. caus.*). En fait, des obligations de cette nature sont faciles à exécuter, lorsque c'est le défendeur lui-même, et lui seul, qui a profité du dol. Mais supposons, pour reprendre quelques-uns des précédents exemples, que l'aliénation ait été consentie à un tiers : le défendeur ne pourra satisfaire qu'avec le concours de l'acquéreur, et ce concours peut lui être refusé; de même, si la promesse dont j'ai fait acceptilation était garantie par des fidéjusseurs, il faudra, ou que ces fidéjusseurs veuillent bien accéder à la nouvelle promesse, ou que le défendeur réussisse à en trouver d'autres non moins solvables (L. 10 § 1, *Quod met. caus.*). Mais de telles difficultés ne sauraient changer l'objet de l'obligation : le défendeur a dû les prévoir. Dans les cas que je viens d'indiquer et

l'action *quod metus causa*, aurait pour but de rendre possible le *juramentum in litem*. Il y a là une inexactitude, au moins dans la forme. Tout ce qui est vrai, c'est que le *juramentum in litem* est incompatible avec une *condemnatio certa*.

dans tous ceux où l'acte juridique obtenu par dol peut être détruit, la prestation de la satisfaction ordonnée par le juge équivaut, selon la remarque d'Ulpien, à une *in integrum restitutio* (L. 9 § 7, *Quod met. caus.*) (1). Que s'il s'agit d'un acte juridique dont les résultats ne puissent être anéantis par la volonté des parties, et tel est par exemple le cas d'une *manumissio*, tel est aussi celui d'une adition ou d'une répudiation d'hérédité, l'obligation du défendeur n'aura pour objet que de l'argent, et régulièrement c'est ce que le juge doit lui ordonner de fournir (2). Telle est la doctrine qui paraît résulter d un texte de Paul (L. 18 § 4, *De dol. mal.*) (3), et qui d'ailleurs s'impose par la force des choses; car décider autrement, ce serait ôter ici toute signification pratique au caractère arbitraire de l'action *de dolo* et rendre inévitable une condamnation infamante.

2° *Le résultat du dol consiste en un simple dommage matériel.* — Ici, comme précédemment, le retour à l'état de choses antérieur est tantôt possible, tantôt impossible. Soit, par exemple, un nu-propriétaire qui a construit sur son terrain pour le dégrever d'un droit d'usufruit : la construction peut être démolie et l'usufruit reconstitué, et c'est en quoi consiste la satisfaction due. Au contraire, ai je tué l'esclave que vous aviez promis à un tiers : comme je ne puis le ressusciter, mon obligation est nécessairement pécuniaire ; déterminer la somme due et m'ordonner de la payer, tel sera donc l'office du juge (4).

(1) Ce texte se réfère particulièrement à l'action *quod metus causa*. Pourquoi donc le citer ici, et pourquoi lui avoir emprunté les exemples précédemment donnés ? Parce que les effets du caractère arbitraire sont les mêmes dans l'action *de dolo* que dans l'action *quod metus causa*.

(2) Cependant, à raison des pouvoirs très larges que l'action arbitraire confère au juge, on conçoit, que dans des cas exceptionnels il remplace la satisfaction pécuniaire par un équivalent. Par exemple, j'étais appelé à une hérédité, et je l'ai répudiée, trompé par celui-là même qui devait la recueillir à mon défaut (L. 7, C., *De dol. mal.*). L'auteur du dol ayant ensuite fait adition, pourquoi le juge ne lui ordonnerait-il pas simplement de me transporter tous ses droits actifs héréditaires, sous la condition que, de mon côté, je m'engage à le défendre contre les poursuites auxquelles sa qualité d'héritier l'expose ?

(3) L'hypothèse prévue est celle d'un *judicium legitimum* que le demandeur a laissé périmer par suite d'un dol émané du défendeur. Ordonner la reprise des débats, ce serait aller contre la loi Julia qui déclare l'instance irrévocablement éteinte après dix-huit mois. Une satisfaction pécuniaire est donc seule possible.

(4) Supposons que le rétablissement de l'état de choses antérieur fût possible au moment même où le dol venait d'être commis, et ne le soit plus au moment où la preuve de l'*intentio* est faite. Dirons-nous que l'action conserve néanmoins son caractère arbitraire, ce qui impliquerait que l'obligation du défendeur a changé d'objet et que le juge doit ordonner une satisfaction pécuniaire? La négative pa-

Supposons maintenant que la satisfaction ordonnée par le juge ne soit point fournie. Le défendeur encourt une condamnation qui, comme je l'ai déjà dit, se mesure toujours à l'intérêt du demandeur. Mais cet intérêt s'apprécie différemment, selon les circonstances. Si le défendeur est *contumax*, c'est-à-dire s'il dépend de lui de satisfaire et qu'il s'y refuse, il y a lieu à un *juramentum in litem cum taxatione;* en d'autres termes, c'est le demandeur lui-même qui fixe le montant de la condamnation, mais après avoir juré de ne point l'exagérer et sans pouvoir dépasser un *maximum* déterminé par le juge (L. 18 pr., *De dol. mal.*). Si, au contraire, le défendeur ne peut satisfaire, soit qu'il s'agisse d'une impossibilité absolue tenant par exemple à la perte fortuite de la chose due, soit que la satisfaction implique le fait d'un tiers qui refuse de s'y prêter, c'est le juge qui apprécie la condamnation; en fait, elle est donc ordinairement plus modérée. Au surplus, l'infamie qui, comme on l'a vu plus haut, frappe le défendeur condamné, est indépendante de la distinction qui précède ; elle atteint aussi bien celui qui n'a pas pu satisfaire que celui qui ne l'a pas voulu.

843. *Des actions* in factum *données subsidiairement à l'action* de dolo. — L'action *de dolo*, lorsqu'elle a cessé d'être ou n'a jamais été recevable, est fort souvent remplacée par des actions *in factum* qui s'en distinguent essentiellement, non par le caractère général de leur forme, puisque l'action *de dolo* est elle-même conçue *in factum*, mais par leur résultat; en effet, elles ne sont point infamantes, et par voie de conséquence on peut croire qu'elles ne sont pas non plus arbitraires. Voici l'indication des principales causes qui donnent lieu à une action de cette nature :

1° Elle peut être fondée sur un bénéfice résultant du dol. Sont ainsi tenus : 1° le délinquant lui-même, lorsqu'il n'a point été poursuivi dans l'année utile et que son dol l'a enrichi (L. 28, *De dol. mal.*); 2° son héritier, s'il a profité du dol ou a frauduleusement négligé d'en profiter (LL. 26 à 30, *De dol. mal.* — L. 35, pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7); 3° quiconque enfin a bénéficié du dol de son représentant, et sous cette expression je comprends les mandataires, les tuteurs et

raît résulter d'un texte de Paul (L. 18 § 1, *De dol. mal.*). L'aliénation d'un esclave ayant été déterminée par un dol, et l'esclave étant mort ultérieurement, le jurisconsulte décide que la vérification de l'*intentio* emportera condamnation immédiate, et cela sans distinguer si c'est avant la *litis contestatio* ou pendant l'instance que l'esclave est mort. L'objet de l'obligation se détermine donc d'une manière définitive à l'instant même où elle prend naissance.

curateurs, les administrateurs des cités, en un mot, toute personne qui a pouvoir de faire des actes au nom d'autrui (L. 15 pr., §§ 1 et 3, *De dol. mal.*) (1). Dans ces divers cas, l'action ne tend qu'à dépouiller le défendeur d'un profit illicite, et non point à rendre le demandeur absolument indemne; elle n'a donc rien de pénal et est perpétuelle.

2° Une action *in factum* est encore donnée dans tous les cas où l'action *de dolo* n'est refusée que pour des raisons de convenance, par exemple parce que le défendeur est le patron ou l'ascendant du demandeur (L. 11 § 1, *De dol. mal.*). Mais ici elle a pour objet l'entière réparation du préjudice (2), et on la tient pour pénale au même titre que l'action *de dolo*, c'est-à-dire qu'elle s'éteint par le laps d'une année utile et par la mort du délinquant; autrement, celui-ci n'éviterait l'infamie que pour voir à d'autres égards sa condition fort aggravée.

3° Enfin, si nous supposons un préjudice causé à autrui par simple faute, et dont la réparation ne puisse être obtenue par aucune voie de droit commun, c'est encore à l'action *in factum* que l'on recourt (Inst., § 11, *De obl. quæ ex del.*, IV, 1. — Inst., § 16, *De leg Aqu.*, IV, 3. —L. 7 § 7, *De dol. mal.* — L. 14 pr., *De præscr. verb.* XIX, 5). — L. 55, *De acq. rer. dom.*, XLI, 1 (3), et ici, comme dans la précédente hypothèse, d'une part elle s'applique à la totalité du préjudice, d'autre part elle n'est ni perpétuelle ni transmissible passivement, car la faute ne saurait être punie avec plus de sévérité que le dol. Envisagée dans cet ordre d'applications, qui est sans contredit le plus compréhensif, l'action *in factum* supplée d'une manière générale à l'insuffisance de l'action *de dolo*, et l'une et l'autre comblent une vaste

(1) En principe, le représentant lui-même est tenu de l'action *de dolo*; mais cela suppose que le préjudice par lui causé est supérieur à l'enrichissement de la personne représentée.

(2) En sens contraire, on pourrait argumenter d'une ligne de Paul jetée entre deux textes d'Ulpien (L. 12, *De dol. mal.*), et qui n'a par elle-même aucune signification précise. Mais j'aime mieux m'en tenir au motif pour lequel le préteur croit devoir substituer ici l'action *in factum* à l'action *de dolo*. Les convenances veulent que le défendeur échappe à l'infamie, mais elles n'exigent pas que le demandeur soit constitué en perte.

(3) Je ne veux pas dire que le préjudice causé de bonne foi donne lieu à l'action *in factum*, toutes les fois que causé frauduleusement, il donnerait lieu à l'action *de dolo*. Car où il n'y a pas dol, il n'y a pas nécessairement faute. Ainsi l'action *de dolo* peut être la conséquence d'un conseil frauduleux, mais un conseil simplement nuisible ne fait jamais naître aucune action. On considère que la faute est moins du côté de celui qui l'a donné que de celui qui l'a suivi (L. 47 pr., *De reg. jur.*, L, 17. — L. 10 § 7, *Mand.*, XVII, 2).

lacune laissée par la loi Aquilia (L. 33 § 1, *Ad. leg. Aqu.*, IX, 2). S'agit-il, en effet, d'un dommage matériel qui affecte la chose d'autrui : la personne lésée est investie de l'action Aquilienne directe ou utile. S'agit-il d'une autre espèce de dommage : l'action Aquilienne est remplacée par l'action *de dolo*, s'il y a eu dol, et par l'action *in factum*, s'il y a eu simplement faute ou que la preuve du dol soit trop difficile à fournir. Ces trois actions réunies forment donc un système de répression complet relativement aux dommages qui ont été causés sans droit et en dehors de toute relation contractuelle (n° 684) (1).

VI. — De l'action *quod metus causa*.

844. Par qui, à quelle époque, et pourquoi cette action fut-elle introduite ? Deux passages de Cicéron répondent à toutes ces questions. Dans les Verrines (2ª *act.*, III, 63), il mentionne une *formula Octaviana* instituée au profit de ceux qui ont été dépouillés *per vim et metum*. Et ailleurs, traçant à son frère les devoirs d'un gouverneur de province, il lui propose pour modèle la conduite tenue naguère à Rome par Cnæus Octavius. Grâce à ce magistrat, dit-il, les créatures de Sylla étaient obligées de restituer les biens qu'elles devaient à la violence et à la crainte (*Ep. ad fratr.*, I, 1, n° 7). Que Cicéron se réfère à une action, les expressions dont il se sert (*formula, judicium dare ex edicto*) ne permettent guère d'en douter ; et cette action ne peut être que l'action *quod metus causa*. C'est donc par Cnæus Octavius qu'elle fut imaginée. Or ce personnage fut consul l'année qui suivit l'abdication de Sylla, c'est-à-dire en 674, et cela même fixe la date de son innovation qui, par conséquent, nous apparaît

(1) L'*intentio* de l'action *in factum* n'est certainement pas rédigée d'une manière uniforme dans nos trois ordres d'hypothèses. Prenons d'abord le dernier, qui est le plus simple : évidemment l'*intentio* se borne à l'énoncé pur et simple des faits dommageables, et la mention du *dolus malus* n'y figure pas. Dans le second, elle exclut également ces mots, mais Ulpien nous apprend qu'on les remplace par des expressions plus douces, peut-être celles-ci : *si paret eam rem bona fide gestam non esse* (L. 11 § 1, *De dol. mal.*). Enfin dans notre premier ordre d'hypothèses, au moins lorsque l'action est dirigée contre un héritier ou un représenté, je remarque que plusieurs des textes cités l'appellent *actio de dolo*, qualification inexacte sans doute, mais d'où je conclus que les mots *dolus malus* étaient insérés dans l'*intentio* Elle portait sans doute que tel fait avait eu lieu *dolo malo defuncti, dolo malo tuto*, etc., ce qui lui donnait une ressemblance superficielle avec la véritable action *de dolo*. Quant au cas où le délinquant lui-même était poursuivi *post annum*, je ne trouve aucune indication dans les textes ; mais assurément, si l'*intentio* faisait mention du dol, elle ajoutait qu'il remontait au-delà de l'année utile.

un peu antérieure à l'action *de dolo*. Enfin que se proposa Octavius? Évidemment d'indemniser ceux qui avaient souffert des violences ordonnées ou tolérées par le redoutable dictateur. L'action *quod metus causa* naquit donc d'une réaction contre un régime exceptionnel, et néanmoins, comme elle était conforme à l'équité et rendue nécessaire par les désordres répétés qui déshonorèrent les derniers temps de la république romaine, les magistrats qui vinrent après Octavius l'inscrivirent volontiers dans leurs édits, ainsi que le prouve le passage précité des Verrines, et en l'an 710, époque où Cicéron écrivait son traité *de Officiis*, elle appartenait certainement à l'*edictum translatium* (*De Off.*, I, 10) (1).

(1) A côté de l'action *quod metus causa*, nous trouvons une exception *metus* et une *in integrum restitutio ob metum*. Le texte de l'édit, tel qu'il figure au Digeste et tel sans doute que Julien l'avait rédigé, porte simplement que le préteur tiendra pour nuls les actes déterminés par la crainte (L. 1, *Quod met. caus.*, IV, 2). Cette rédaction est assez générale pour comprendre tout ensemble l'action, l'exception et la restitution. Mais quel fut l'ordre chronologique du développement de ces trois voies? Certainement l'exception est au moins contemporaine de l'action, car toute cause qui permet d'agir en justice fournit à plus forte raison un moyen de défense (L. 156 § 1, *De reg. jur.*) La vraie difficulté porte donc sur l'action et la restitution; et beaucoup d'interprètes admettent que c'est celle-ci qui est la plus ancienne. En ce sens on allègue d'abord que la procédure de la restitution laisse beaucoup plus à l'arbitraire du magistrat que celle de l'action, et cette imperfection même serait, dit-on, un signe de son antériorité. A quoi je réponds que si l'on s'attache au résultat et non à la procédure de l'*in integrum restitutio*, elle constitue un moyen de protection plus large et plus sûr que l'action et à ce point de vue peut paraître un progrès. On se fonde, en second lieu, sur l'ordre suivi dans la compilation de Justinien : au Digeste, le titre relatif à l'action *quod metus causa* est placé parmi ceux qui traitent de l'*in integrum restitutio* (IV, 2), et au Code il les précède (II, 20). Mais un tel ordre peut s'expliquer par le désir de ne pas scinder des matières connexes et par cette idée qu'en général, dans l'action *quod metus causa*, l'exécution du *jussum judicis* donne des résultats identiques à ceux de l'*in integrum restitutio*. On remarquera d'ailleurs que les raisons qui pourraient faire croire à l'antériorité de l'action ont été produites en matière de dol avec non moins de force qu'en matière de violence. Or j'ai démontré que la restitution *ob dolum* n'est pas antérieure à l'action *de dolo*. Pourquoi donc la restitution *ob metum* aurait-elle précédé l'action *quod metus causa*? En ce qui me concerne, je ne répugne pas à croire, et je dirai tout à l'heure pourquoi (page 1081, note 2), que les deux voies furent créées simultanément, et cela n'a rien d'étonnant si l'on admet que chacune a son utilité distincte. L'action, c'est là son grand avantage, donne au demandeur la chance d'obtenir le quadruple du dommage. Mais la restitution a souvent des effets plus larges, elle est à la fois plus simple et plus radicale. Si par exemple j'ai fait par crainte une adition d'hérédité, voilà un acte qui engendre un grand nombre de rapports de droit; or d'un seul coup la restitution les anéantit tous (L. 21 § 5, *Quod met. caus.*), et c'est un résultat que je ne pourrais obtenir par l'action qu'en l'intentant peut-être contre une foule de personnes, notamment contre tous les créanciers héréditaires. Un autre avantage propre à la restitution, c'est que

Prenons d'abord une idée générale de cette action. Elle résulte du préjudice qu'une personne se cause elle-même en agissant sous l'impression d'une crainte inspirée par un tiers. L'individu lésé poursuit ou l'auteur même de la crainte ou celui qui en a simplement bénéficié. La condamnation qu'il demande est égale, dans le premier cas, au quadruple du préjudice, et dans le second cas, au quadruple du profit réalisé par le défendeur. Dans les deux cas donc, l'action est pénale jusqu'à concurrence des trois quarts, et cette rigueur se justifie par la nature même des faits qui déterminent la crainte, car ces faits contiennent nécessairement un dol d'une gravité exceptionnelle. Néanmoins, il serait inique que le défendeur, et surtout le défendeur qui est de bonne foi, n'eût aucun moyen de se soustraire à une telle peine. Aussi le préteur a-t-il voulu que l'action *quod metus causa* fût arbitraire, et qu'en conséquence une restitution faite sur l'ordre du juge entraînât absolution (Inst., §§ 27 et 31, *De act.*, IV, 6). La situation du défendeur qui restitue n'est donc pas pire ici qu'elle ne l'est dans l'action *de dolo*. Quant au défendeur condamné, s'il est beaucoup plus maltraité au point de vue pécuniaire, il échappe à l'infamie et, à cet égard, sa situation est sans comparaison moins mauvaise (1). Au surplus, l'action *quod metus causa*, comme l'action *de dolo*, et pour les mêmes raisons, rentre certainement dans la classe des actions *in factum* et a une *condemnatio incerta*.

845. *Des causes de l'action* quod metus causa. — Cette action, nous l'avons vu, suppose un acte déterminé par la crainte et aboutissant à un préjudice.

La crainte dont il s'agit ici doit réunir les quatre caractères qui suivent : 1° il faut qu'elle résulte du fait d'un tiers. Une crainte spon-

dans certains cas elle rend possible une action *in rem*, et par voie de conséquence atteint des tiers acquéreurs qui échappent à l'action (Paul, I, 7 § 4). Mais je ne dois pas insister sur cet avantage, parce qu'il ne paraît pas que la *restitutio ob metum* l'ait comporté dès l'origine (L. 3, C., *De his quæ vi metusve caus.*).

(1) Comment expliquer que l'action *quod metus causa*, fondée sur des faits au moins aussi immoraux et assurément plus dangereux au point de vue social que le simple dol ne soit point infamante? Le préteur céda, ce me semble, aux considérations suivantes. A l'égard du défendenr enrichi par la crainte, mais innocent des faits qui l'ont engendrée, l'infamie n'eût été qu'une peine imméritée. Quant à l'auteur même de la crainte, les faits dont il s'est rendu coupable tombent presque toujours sous le coup de quelque loi criminelle (L. 152 pr., *De reg. jur.*, L, 16); si donc l'action *quod metus causa* ne l'expose point à l'infamie, une autre peine l'atteindra, et cette peine, au moins lorsqu'elle dérive d'une loi qui organise un *judicium publicum*, comme la loi Julia *de vi*, aura pour conséquence ou l'infamie elle-même ou des déchéances encore plus fortes (L. 7, *De publ. jud.*, XLVIII, 1).

tanée, si sérieuse et si fondée qu'elle soit, n'est donc jamais prise en considération (L. 21 pr., *Quod met. caus.*, IV, 2). Du reste, que le tiers recoure à des voies de faits ou se borne à de simples menaces, peu importe. La crainte, en effet, gît tout entière dans l'influence qu'exerce sur notre volonté la vue d'un mal que nous croyons devoir nous atteindre, mais elle est indépendante du procédé employé pour déterminer en nous la croyance à ce mal. On conçoit donc et la *vis sine metu* et la *metus sine vi*, c'est-à-dire soit des violences matérielles qui ne réussissent point à inspirer la crainte, soit une crainte inspirée autrement que par des violences matérielles (1) ; 2° il faut que la crainte procède de faits réprouvés par la loi ou les bonnes mœurs. Ainsi l'on tient pour indifférente celle qu'un magistrat peut inspirer par l'usage légitime de son autorité (L. 3 § 1, *Quod met. caus.*); 3° il faut que la crainte ait pour objet un mal dont la vue puisse affecter l'homme le plus ferme (LL. 9 et 6, *Quod met. caus.*). Or, quels sont ces maux? La mort et les supplices corporels. Hors de là, toute crainte est réputée insuffisante (*metus non justus*). Tel est le principe que nombre de textes mettent hors de doute (L. 3 § 1 ; L. 7 § 1, *Quod met. caus.* — L. 13, C., *De trans.*, II, 4. — L. 4, C., *De his quæ vi metusve caus.*, II, 20. — L. 9, *De contr. et comm. stip.*, C., VIII, 38). Toutefois, on adoucit cette rigueur en assimilant à la crainte de la mort celle d'une servitude imméritée (L. 4 ; L. 8 § 1 ; L. 21 pr., *Quod met. caus.*), d'une accusation capitale (L. 7, C. *De his quæ vi metusve caus.*) ou d'un attentat à la pudeur (L. 8 § 2, *Quod met. caus.*) (2). Mais le silence absolu des textes prouve que jamais l'on ne tint aucun compte d'une crainte relative à la fortune. Nulle part l'empreinte des exagérations stoïciennes n'apparaît plus profonde que dans cette théorie qu'on croirait faite pour un peuple de philosophes ; 4° enfin la crainte doit être actuelle, ce qui revient à dire, sous une autre forme, qu'elle doit avoir réellement déterminé la volonté de celui qui la subit. Quant au péril redouté, qu'il soit tout à fait

(1) Cette observation nous explique pourquoi le mot *vis* disparut de la rédaction de l'édit où il avait d'abord figuré à côté du mot *metus* (L. 1, *Quod met. caus.*). Elle nous montre aussi que le mot violence, qui dans notre langue juridique correspond au latin *metus*, est beaucoup moins exact.

(2) Il n'est pas absolument nécessaire que la personne qui agit craigne ces maux pour elle-même. Si elle les craint pour ses enfants, peut-être même pour d'autres personnes qui lui sont chères, l'action *quod metus causa* prend néanmoins naissance (L. 8 § 3, *Quod met. caus.*).

immédiat ou plus ou moins éloigné, cela est indifférent (L. 1, *Quod met. caus.*).

La nécessité du préjudice n'a pas besoin d'être démontrée (1). Mais je dois insister sur la façon dont il se réalise. Car à ce point de vue nous trouvons ici des règles fort différentes de celles de l'action *de dolo*. Et d'abord nous avons vu que le dol et le préjudice peuvent résulter du fait d'une seule et même personne, ou, en d'autres termes, que l'auteur du dol n'a pas toujours besoin du consentement de sa victime pour lui nuire (nº 837). Tout au contraire, l'auteur de la crainte n'arrive jamais à ses fins que par la volonté, et, pour ainsi dire, par la coopération de sa victime, car le fait d'inspirer une crainte n'est qu'un acte préparatoire qui par lui-même n'a rien de dommageable. Pour que le dommage se réalise, il faut absolument que la crainte arrache à celui qui la subit une volonté et un acte (2). Nous avons vu, en outre, que pour donner l'action *de dolo* on ne distingue pas si le préjudice résulte d'un acte juridique ou d'un simple fait matériel. En dirons-nous autant de l'action *quod metus causa* ? Je réponds oui, si l'on envisage le dernier état du droit classique ; non, si l'on se place au début. Une décision de Pomponius, rapportée et approuvée par Ulpien, justifie ces deux assertions (L. 9 § 2, *Quod met. caus.*). Le jurisconsulte, visant tout spécialement le cas d'un propriétaire qui a affranchi son esclave ou démoli sa maison, nous dit que dans une opinion qui n'est pas généralement reçue, mais qui lui paraît exacte, l'action *quod metus causa* devra être admise. Que cette doctrine ait prévalu, c'est ce que prouvent et l'approbation d'Ulpien et l'insertion du texte au Digeste. Mais que telle ne fût pas la doctrine primitive, cela ressort de la façon même dont Pomponius s'exprimait. Comment donc formulerons-nous la règle originaire ? Je remarque d'abord que la démolition d'une construction n'est point un acte juridique et par conséquent échappe à l'*in integrum restitutio*. Quant à l'affranchissement d'un esclave, c'est bien un acte juridique, mais sur lequel la volonté du magistrat n'a pas plus de prise que celle des parties et qui, lui aussi, ne saurait être

(1) Néanmoins, les textes la mettent en relief par des exemples frappants. Ainsi un créancier emploie la violence pour obtenir de son débiteur le payement d'une obligation valable ; ou à l'inverse, c'est un débiteur qui, protégé par une exception perpétuelle, se fait faire acceptilation *metu*. Dans ces deux cas, notre action n'a aucune raison d'être, parce que la crainte n'a rien fait perdre à celui dont elle a entraîné le consentement. (L. 12 §§ 1 et 2 ; L. 14 pr., *Quod met. caus.*).

(2) Le mot acte prend ici un sens large. Ainsi quelqu'un construit sur mon sol, et la crainte m'empêche de lui résister. J'aurai l'action *quod metus causa* (L. 9, pr., *Quod met. caus.*). Agir et laisser faire sont donc synonymes en notre matière.

anéanti par l'*in integrum restitutio* (L. 7 pr., *De dol. mal.*). Ma conclusion est donc que l'action *quod metus causa* ne fut d'abord admise qu'à l'égard des actes juridiques (1) et seulement de ceux qui peuvent être rescindés, et cela parce que régulièrement elle tend à remettre les choses dans leur état antérieur (2).

846. Notre action, n'étant point infamante, se donne beaucoup plus facilement que l'action *de dolo*, en ce sens qu'elle n'est pas subsidiaire et n'exige pas le préliminaire d'une *causæ cognitio*.

Je dis d'abord qu'elle n'est pas subsidiaire, et c'est ce que démontrent les trois décisions suivantes : 1° celui qui a fait une promesse *metu* et ne l'a point encore exécutée peut, à son choix, demander l'action *quod metus causa* ou attendre d'être poursuivi et alors se défendre par l'exception *metus*. Telle fut, nous dit Ulpien, la décision rendue en sa présence par un préteur dont il était assesseur, et il la généralise sans hésiter (L. 9 § 3, *Quod met. caus.*) (3) ; 2° en supposant que la crainte ait déterminé la formation d'un contrat de bonne foi, l'action née du contrat suffit certainement à la partie lésée pour obtenir ou la rescision ou des dommages-intérêts, car qu'y a-t-il de plus opposé à la bonne foi que la violence et la crainte (L. 116 pr., *De reg. jur.*, L. 17)? Et cependant les textes constatent que l'action *quod metus causa* n'est point exclue dans cette hypothèse (LL. 4 et 5, C., *De his quæ vi metus ve caus.*) ; 3° enfin celui qui par crainte a répudié une hérédité peut, ou agir *quod metus causa*, ou, s'il le préfère, exercer

(1) Le langage du préteur est tout différent, selon qu'il parle de dol ou de crainte : *quæ dolo malo facta esse dicentur* (L. 1 § 1, *De dol. mal.*), *quod metus causa gestum erit* (L. 1, *Quod met. caus.*). *Facere* s'applique à un acte quelconque ; *gerere* ne se dit que des actes juridiques, témoin la rubrique de certains titres (Inst., IV, 7. — Dig., XIV, 5. — C., IV, 26.

(2) Si cette conclusion est exacte, elle implique que la *restitutio ob metum* n'est pas moins ancienne que l'action *quod metus causa*.

(3) La doctrine d'Ulpien n'avait pas prévalu sans rencontrer des résistances. Le texte cité constate que Pomponius distinguait entre les *negotia perfecta* et les *negotia imperfecta*. Le *negotium*, c'est-à-dire l'acte, est *perfectum* lorsque celui qui doit en profiter n'a pas besoin pour cela d'agir en justice ; il est *imperfectum* dans le cas contraire. Ainsi une mancipation non suivie de tradition, une stipulation non suivie de payement, voilà des *negotia imperfecta*. Or, dans de telles hypothèses, Pomponius décidait que l'aliénateur ou le promettant, et d'une manière plus générale, la personne lésée, n'avait d'autre protection à son service que l'exception *metus*. Il n'accordait l'action qu'autant que le *negotium* était *perfectum* ; mais alors il admettait également l'exception lorsque la nature de l'espèce s'y prêtait. Ainsi une adition d'hérédité étant le résultat de la crainte, il autorisait l'héritier à exercer l'action *quod metus causa* contre l'auteur de la violence et à repousser les créanciers héréditaires par l'exception *metus*.

tant contre les débiteurs de l'hérédité que contre les détenteurs de biens héréditaires, des actions utiles qui évidemment supposent l'obtention préalable de l'*in integrum restitutio* (L. 21 § 6, *Quod met. caus.*); et plusieurs textes prouvent qu'un choix semblable est autorisé dans toutes les hypothèses où la *restitutio in integrum* est possible (L. 9 §§ 4 et 6, *Quod met. caus.* — Paul, I, 7 § 4). En résumé donc, aucune autre voie de droit, ni exception, ni action, ni *restitutio in integrum*, n'exclut l'action *quod metus causa*.

J'ai dit, en second lieu, que notre action ne suppose pas, en général, de *causæ cognitio* semblable à celle qui précède la délivrance de l'action *de dolo*. Cette règle ressort de certains textes, qui, comme nous l'allons bientôt voir, y font exception pour un cas particulier, et elle nous autorise à croire que l'action *quod metus causa* n'est jamais refusée ni à raison de la faiblesse du préjudice allégué, ni à raison de la distance sociale qui sépare les parties ou des rapports spéciaux qui les rattachent l'une à l'autre (1).

847. *A qui et contre qui compète l'action* quod metus causa. — Comme l'action *de dolo*, elle prend naissance en la personne de l'individu lésé et n'appartient jamais qu'à lui-même ou à ses successeurs universels (2). Nulle difficulté sur ce point. Quant aux personnes qui en sont tenues, ce n'est pas seulement l'auteur même de la crainte, ce sont aussi les tiers de bonne foi qui ont profité de l'acte fait *metu* (L. 14 §§ 3 et 5, *Quod met. caus.*) (3). L'action *quod metus causa* est

(1) Cependant, lorsque c'est un descendant qui agit contre son ascendant ou un affranchi contre son patron, des textes déjà cités (T. II, page 1064, note 2) prouvent que ni le mot *vis* ni le mot *metus* ne figurent dans la formule. Mais cet adoucissement de pure forme signifie-t-il que l'action perde ici quelque chose de ses effets ordinaires, et notamment que la condamnation se réduise au simple? Rien ne nous autorise à le penser.

(2) Deux textes d'Ulpien motivent la transmissibilité active de l'action *quod metus causa* sur ce que *rei persecutionem habet* (L. 14 § 2; L. 16 § 2, *Quod met. caus.*). Je pense que le mot *res* n'est pas pris ici dans son sens ordinaire, c'est-à-dire par opposition à *pœna* : autrement Ulpien commettrait deux erreurs; car, comme nous le verrons bientôt, l'action *quod metus causa* est pénale au moins pour partie, et c'est un principe général que le caractère pénal d'une action ne l'empêche pas de survivre au créancier. Le jurisconsulte veut simplement dire que l'action *quod metus causa* est fondée sur un intérêt pécuniaire, et c'est pourquoi elle se transmet activement, différente en cela des actions qui, comme la *querela inofficiosi* ou l'action d'injures, ont leur principale raison d'être dans un intérêt moral.

(3) Je dis les tiers de bonne foi, afin d'exclure ceux qui, sans prendre une part active aux faits générateurs de la crainte, traitent néanmoins en connaissance de cause avec celui qui la subit. De telles personnes, en effet, sont tenues comme auteurs (L. 11, *Quod met. caus.* — L. 5, C., *De his quæ vi metusve caus.*), et en

donc beaucoup plus largement accordée que l'action *de dolo*, et voici pourquoi : celui qui donne son consentement par crainte ne commet aucune faute, il cède à une force en quelque sorte invincible, et si le préjudice qu'il éprouve se traduit en un profit pour des tiers, on peut le leur enlever sans blesser l'équité (1). Tout au contraire, dans un consentement donné par dol, il y a toujours un peu de légèreté et d'imprudence : que les conséquences de la faute retombent finalement sur l'auteur du dol, cela est tout naturel, puisque c'est lui-même qui l'a provoquée ; mais que des tiers de bonne foi en soient également responsables, qu'on les oblige, eux qui sont étrangers à la faute, à indemniser celui qui l'a commise, ce serait un résultat absolument inique (2).

Recherchons maintenant quelles sont les personnes que l'on considère comme ayant tiré profit de l'acte déterminé par crainte. Je les divise en quatre catégories : 1° celles qui ont figuré comme parties dans l'acte, par exemple l'acquéreur à qui j'ai livré ma chose, le débiteur que j'ai libéré par acceptilation, le créancier à qui j'ai fait une promesse (L. 14 § 3, *Quod met. caus.*) ; 2° celles qui bénéficient de l'acte d'autrui par une conséquence nécessaire, donc sans le vouloir ni même le savoir. Ainsi, quand j'ai plusieurs débiteurs principaux ou accessoires, l'acceptilation que l'un d'eux obtient par la crainte opère aussi à l'égard des autres. Ceux qui n'y ont point figuré sont donc néanmoins tenus de l'action *quod metus causa* (L. 9 § 8; L. 10 pr., *Quod met. caus.*) (3), et tel doit être aussi le cas des créanciers héréditaires, lorsque j'accepte une hérédité insolvable; 3° les personnes

conséquence, ainsi que nous le verrons bientôt, on leur applique des règles beaucoup plus sévères que si elles avaient été de bonne foi.

(1) Une tout autre explication est donnée par Ulpien (L. 14 § 3, *Quod met. caus.*). *Metus habet in se ignorantiam*, dit-il, c'est-à-dire que l'auteur de la crainte s'applique volontiers à rester inconnu, et cela parce que les procédés dont il use contiennent presque toujours une infraction aux lois criminelles; mais si tel était le vrai motif de la règle, l'action *quod metus causa* ne serait point admise contre des tiers lorsque l'auteur de la violence est connu. Or les Romains ne font aucune distinction. En outre, l'idée d'Ulpien ne rend pas compte de la différence établie entre la crainte et le dol, car on peut facilement imaginer des hypothèses où l'auteur du dol ne soit point connu, et cela ne fait pas que l'action *de dolo* compète contre aucune autre personne.

(2) Je fais abstraction des cas où l'auteur du dol a agi sans le concours de la personne lésée. Celle-ci ne commet alors aucune faute, et néanmoins on ne lui permet pas d'agir contre le tiers qui aurait bénéficié du dol; mais cela s'explique par le caractère infamant de l'action *de dolo*.

(3) Ces textes constatent une controverse. Julien n'admettait l'action *quod metus causa* que contre celui des obligés qui avait provoqué et obtenu l'acceptilation.

qui ne bénéficient de l'acte d'autrui que par une volonté spéciale et à l'aide d'un acte nouveau. Ainsi une hérédité étant avantageuse, l'institué la répudie *metu;* le substitué qui fera adition sera tenu de l'action *quod metus causa;* 4° enfin certains sous-acquéreurs. Je suppose ici que l'acte déterminé par la crainte consiste en une aliénation. Il faut alors distinguer quel est l'acquéreur primitif : si c'est l'auteur même de la violence, les sous-acquéreurs, qui ont directement traité avec lui, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, sont tenus de notre action, et cela nonobstant leur bonne foi personnelle (L. 14 § 5, *Quod met. caus.*) (1); si c'est un tiers, les sous-acquéreurs ne peuvent être atteints que par la *restitutio in integrum* (L. 3, C., *De his quæ vi metusve caus.*) (2).

Reste à présenter deux observations : 1 la raison voulait qu'une différence fût faite entre l'auteur de la violence et le tiers qui en a simplement profité; car l'un est tenu à raison de son propre délit, et l'autre à raison du délit d'autrui. Pour l'un donc, la restitution due embrasse la totalité du préjudice; pour l'autre, elle se limite à son enrichissement. Je dégagerai tout à l'heure les conséquences de cette différence générale; 2° l'action *quod metus causa* étant donnée même contre des personnes innocentes de la violence, l'édit s'exprime en termes généraux (*in rem*) : il exige un acte fait sous l'empire de la crainte et ne dit pas de qui cette crainte doit émaner. La même particularité se retrouve dans la formule : l'*intentio* ne désigne pas l'auteur de la crainte, et c'est pourquoi notre action, quoique certainement personnelle, est qualifiée *scripta in rem* (L. 9 §§ 1 et 8; L. 14 § 3, *Quod met. caus.*).

(1) Ce texte prouve que quelques jurisconsultes refusaient l'action *quod metus causa* contre le sous-acquéreur de bonne foi. En rapprochant cette observation de celle que j'ai faite à la note précédente, on peut croire à l'existence d'une doctrine générale qui ne considérait comme ayant profité de la crainte que les ayant-cause immédiats de l'individu lésé, c'est-à-dire ceux qui avaient traité avec lui. Mais certainement cette doctrine ne prévalut pas.

(2) Ne faut-il pas aller au delà de ma formule et admettre l'action *quod metus causa* contre tous sous-acquéreurs de mauvaise foi qui ont traité avec une personne tenue elle-même de cette action? Je ne connais pas de texte sur la question, et je me borne à faire remarquer qu'une solution négative n'a rien de choquant; car, par une conséquence du caractère personnel de notre action, l'acquéreur ou le sous-acquéreur contre qui elle est une fois née ne saurait s'en affranchir en aliénant. Il y a mieux : la perte fortuite de la chose, qui jusque-là l'aurait libéré en supposant qu'il ne fût tenu qu'à raison de son profit, devient désormais indifférente, en ce sens que s'il a reçu le prix de la chose ou un autre équivalent, il ne peut plus prouver qu'il ne s'est pas enrichi (L. 18, *Quod met. caus.*).

848. *Du caractère arbitraire et des résultats de l'action quod metus causa.* — L'*intentio* vérifiée, il y a lieu à une satisfaction dont l'objet se détermine d'après la même distinction que dans l'action *de dolo* (n° 842). Quant à son étendue, elle varie selon que l'action est dirigée contre l'auteur même de la violence ou contre un tiers de bonne foi. Si nous nous plaçons dans la première hypothèse, la satisfaction doit être absolument égale au préjudice causé; elle comprend donc, s'il y a lieu, tous les accessoires de la chose, notamment les fruits et autres produits, non seulement ceux qui ont été perçus, mais tous ceux que le demandeur aurait pu percevoir (L. 12, pr.; L. 21 §§ 2, *Quod met. caus.*) (1); du reste elle n'excède en aucun cas le montant du préjudice, (L. 14 § 14, *eod. tit.*), d'où il résulte que le défendeur rentre dans tous ses déboursés légitimes, et que si, par exemple, c'est un acheteur, il obtient la restitution de son prix (L. 4, C., *De his quæ vi metusve caus.*). Que si le défendeur est un tiers de bonne foi, la satisfaction due se mesure à son enrichissement qui est la seule cause de la poursuite. Et de là, entre cette hypothèse et la précédente, deux différences considérables : 1° l'auteur de la violence peut avoir besoin du concours d'autrui pour satisfaire, tandis que le défendeur de bonne foi n'a jamais besoin que de son fait personnel. Supposons par exemple qu'ayant plusieurs débiteurs, l'un principal et les autres accessoires, j'aie consenti à l'un d'eux une acceptilation qui nécessairement les a tous libérés et par conséquent tous soumis à l'action *quod metus causa*. Si dans l'espèce celui que je poursuis n'a point participé à la violence, ce sera assez qu'il s'oblige envers moi par une nouvelle promesse. Si au contraire il est l'auteur de la violence, il devra faire revivre non seulement sa propre obligation, ce qui lui est facile, mais aussi celles des autres débiteurs, résultat qui évidemment ne peut s'obtenir que par le concours de leur volonté (L.9 § 8; L. 10, pr. § 1; L. 11, *Quod met. caus.*); 2° le défendeur de bonne foi ne répond pas des cas fortuits; il est donc absolument libéré par la perte complète de la chose et de ses accessoires, tandis que l'auteur de la violence reste tenu, quoi qu'il arrive, et cela parce que le délit qu'il a commis l'a constitué en demeure (L. 14 §§ 5 et 11, *Quod met.caus.*).

Le défendeur qui n'exécute pas l'ordre de satisfaire encourt une

(1) Par cette obligation de restituer les accessoires, on s'explique un texte où Paul (I, 7 § 6) dit que l'esclave aliéné *metu* acquiert pour l'aliénateur. Le jurisconsulte évidemment n'envisage que le résultat final.

condamnation au quadruple, c'est-à-dire que le juge multiplie par quatre une somme qu'on appelle *simplum* et qui, dans l'espèce, n'est autre chose que l'estimation pécuniaire de la satisfaction due et non fournie (L. 14 §§ 1 et 14, *Quod met. caus.*). Mais par qui et comment sera fixé le *simplum?* A cet égard il faut reproduire la distinction déjà faite, à propos de l'action *de dolo*, entre le défendeur qui ne peut pas exécuter et celui qui ne le veut pas (n° 842 *in fine*).

La condamnation une fois prononcée entraîne deux conséquences notables : 1° elle valide l'acte déterminé *metu*. Donc est-il déjà exécuté, l'exécution en devient irrévocable; ne l'est-il pas encore, l'exception *metus* cesse d'être recevable. Ainsi le promettant qui a obtenu une condamnation égale au quadruple de sa promesse ne peut plus se refuser à payer. Décider en sens contraire, ce serait exagérer la peine portée par l'édit et substituer le quintuple au quadruple (L. 14 § 9, *Quod met. caus.*) (1); 2° la chose qui a fait l'objet de l'acte attaqué est désormais aux risques du condamné, car que doit-il en vertu de la sentence? de l'argent, et non pas cette chose elle-même (2).

De la durée de l'action quod metus causa. — Telle que nous l'avons envisagée jusqu'à présent, cette action ne subsiste que pendant

(1) Labéon, d'après ce texte, avait admis que, nonobstant la condamnation obtenue sur l'action *quod metus causa*, le promettant pouvait opposer l'exception *metus* pour se dérober à l'exécution de son obligation. Comment expliquer cette doctrine si dure? sans doute par un abus du texte de l'édit qui déclarait que les actes déterminés *metu* seraient réputés nuls à perpétuité (L. 21 § 1, *Quod met. caus.*). Mais en décidant ainsi, le préteur faisait abstraction des faits par lesquels la personne lésée aurait manifesté l'intention de ratifier l'acte.

(2) Je me trouve ici en contradiction avec un texte (L. 14, § 11 *Quod met. caus.*) placé sous le nom d'Ulpien, et qui, raisonnant dans l'hypothèse d'une condamnation prononcée contre l'auteur même de la violence, distingue à quel moment la chose a péri. Si c'est après l'expiration du délai fixé pour l'exécution des jugements, la perte est à la charge du condamné, car il devrait avoir exécuté. Si au contraire c'est dans le cours de ce délai, la condamnation se trouve réduite au triple. La première de ces deux décisions est très correcte; la seconde ne s'accorde pas avec ce principe du droit classique que toutes les condamnations sont pécuniaires. De plus elle est deux fois contredite par le texte même d'Ulpien. En effet, nous y lisons que l'auteur de la violence supporte toujours la perte fortuite antérieure au jugement de condamnation; or comment comprendre que sa situation soit améliorée par ce jugement? En outre, dans le cas spécial où un esclave aliéné *metu* s'enfuit après le jugement, mais *intra tempora judicati*, le condamné, qui pourtant n'a commis ni dol ni faute, doit, d'après le texte, s'engager à le rechercher et, quoi qu'il arrive, à le restituer, lui ou sa valeur. La fuite de cet esclave aurait donc des conséquences plus graves que sa mort! Pour toutes ces raisons, j'attribue à Tribonien la décision que je viens de rapporter. Incompréhensible dans le droit classique, elle est absolument logique à une époque où les condamnations en nature constituent la règle.

une année utile. Passé ce délai, tantôt elle s'éteint, tantôt elle se transforme. Pour mieux préciser, je poserai les trois règles suivantes : 1° elle devient subsidiaire; elle est donc éteinte, si la personne lésée est en possession d'une autre action qui lui permette de se faire indemniser (1); 2° elle n'est plus délivrée que *cognita causa*, et la *causæ cognitio* a précisément pour but d'examiner si le demandeur n'a pas d'autre voie à son service; 3° enfin elle perd son caractère pénal, en d'autres termes la condamnation est désormais limitée au simple (L. 14 §§ 1 et 2, *Quod met. caus.* — L. 4, C., *De his quæ vi metusve caus.*). Du reste, après comme avant l'expiration de l'année utile, elle s'éteint absolument par la mort du délinquant, à moins qu'un profit n'ait été réalisé par ses héritiers, qui alors demeurent tenus jusqu'à concurrence de ce profit et aussi longtemps qu'ils le conservent (L. 16 § 2; LL. 19 et 20, *Quod met. caus.*) (2).

VII. — DE L'ACTION PAULIENNE

849. Cette action a pour but la révocation des actes faits par un débiteur en fraude de ses créanciers. Elle suppose donc, ce qui n'est pas douteux, que de tels actes sont valables selon les règles ordinaires du droit (L. 36, *De nox. act.*, IX, 4. — L. 26, *De contr. empt.*, XVIII, 1). Son nom permet de croire qu'elle fut créée, mais nous ne savons à quelle époque (3), par un préteur appelé Paulus. Envisagée dans sa nature, elle est personnelle; dans sa forme, elle est *in factum*. Il est vrai que les Institutes (§ 6, *De act.*), se plaçant dans l'hypothèse particulière d'une aliénation frauduleuse, donnent aux créanciers une action réelle fictice, et que cette action est qualifiée Paulienne par Théophile (sur le § 6, *De act.*) (4). De là de longues discussions entre

(1) Ulpien (L. 14 § 2, *Quod met. caus.*) donne une application frappante de cette idée. Supposons que j'aie recouru à la violence pour me faire livrer une chose. L'aliénateur venant ensuite à mourir, comme je possède *pro possessore*, je suis désormais tenu de la *petitio hereditatis*. De deux choses l'une, donc : ou l'année est écoulée, et alors cette action forme la seule ressource de l'héritier; ou au contraire nous sommes encore dans l'année, et dans ce cas, s'il préfère l'action *quod metus causa*, elle reste à sa disposition.

(2) Les textes qui s'occupent de la durée de l'action *quod metus causa* paraissent se référer tous au délinquant lui-même. On peut donc se demander si le tiers qui a simplement profité de la violence peut rester tenu après la mort du délinquant ou après l'expiration de l'année utile, et si son obligation passe quelquefois à ses héritiers. Sur les trois points je suis porté à répondre négativement.

(3) Elle existait déjà au temps de Cicéron (*Ad Att.*, I, 1).

(4) Parmi ceux qui nient en principe l'existence d'une action Paulienne réelle,

les interprètes, les uns n'admettant pas d'action Paulienne réelle, quelques autres pas d'action Paulienne personnelle, et un plus grand nombre croyant à l'existence de deux actions Pauliennes, dont l'une réelle et fictice serait limitée au cas d'une aliénation proprement dite, et dont l'autre personnelle et *in factum* s'appliquerait tant aux aliénations qu'aux autres actes juridiques par lesquels un débiteur peut léser ses créanciers. Sur cette difficulté, voici l'opinion à laquelle je me range. D'une part, le texte des Institutes ne doit pas nous faire méconnaître les véritables caractères de l'action Paulienne, telle qu'elle est présentée au Digeste et au Code. Or, la nature personnelle de cette action ne saurait être douteuse. Paul s'en explique en termes formels (L. 38 pr. et § 5, *De usur.*, XXII, 1) (2), et comment comprendre sans cela qu'on la donne en tant d'hypothèses où aucune question de propriété n'est en jeu (3) ? Quant à sa rédaction *in factum*, elle est prouvée par des textes nombreux (L. 10 §§ 2, 3, 12, 16, 18; L. 14, *Quæ in fraud. cred.*, XLVII, 8. — L. 5, C., *De rev. his. quæ in fraud.*, VII, 75). D'autre part, ce serait user d'un procédé trop arbitraire que d'écarter l'affirmation si positive et si nette de Justinien. Je crois donc à l'action réelle; j'y crois non seulement pour l'époque de ce prince, mais pour l'époque classique, car la rédaction même du texte des Institutes témoigne qu'il est tiré de quelque jurisconsulte ancien. Mais ceci admis, restent deux questions. Il s'agit d'abord de savoir si vraiment cette action portait le nom de Paulienne, et sur ce point le doute est permis, nonobstant l'autorité de Théophile (4). En second lieu, on doit se demander dans quelles condi-

il y en a qui pourtant l'admettent en un cas, savoir, lorsqu'il s'agit d'une aliénation consentie par le débiteur après que l'envoi en possession a été prononcé. C'est ainsi qu'ils expliquent le texte des Institutes. Là-dessus je ferai remarquer d'abord que, dans l'espèce prévue, l'action hypothécaire suffirait sous Justinien, puisque ce prince fait résulter le droit de suite du *pignus prætorium* qui est la conséquence de la *missio in possessionem* (n° 289.) J'ajoute qu'il n'est pas certain que les actes faits par le débiteur déjà dessaisi donnent lieu à l'action Paulienne, mais qu'assurément la nature de cette action ne varie pas selon la date de l'acte attaqué (T. II, page 1093, note 2.)

(2) Ce texte et celui de Théophile sont les seuls où l'on trouve l'expression *actio Pauliana*.

(3) On remarquera dans le même sens le caractère personnel de deux actions qui offrent certaines analogies avec la nôtre : ce sont les actions *Faviana* et *Calvisiana*, dont j'ai eu précédemment l'occasion de dire quelques mots (L. 1 § 26, *Si quid in fraud. patr.*, XXXVIII, 5. — T. II, p. 37, note 2).

(4) Cependant l'affirmative s'expliquerait très bien par l'observation contenue dans les derniers mots du présent paragraphe.

tions elle était accordée : or on verra plus loin qu'elle suppose une aliénation préalablement rescindée par voie d'*in integrum restitutio*. Ainsi s'expliquent et sa nature réelle et sa forme fictice, et par là aussi l'on voit qu'elle n'a rien de commun avec la Paulienne personnelle, si ce n'est qu'elle exige, comme celle-ci, les conditions de fraude et de préjudice que je vais développer (1).

850. *Des actes qui peuvent donner lieu à l'action Paulienne, et des conditions auxquelles elle est subordonnée.* — Les actes qui peuvent être attaqués par l'action Paulienne présentent les trois caractères suivants : 1° ce sont des actes juridiques, ainsi que le montrent les expressions de l'édit (*quæ gesta erunt.* — L. 1 pr., *quæ in fraud cred.*) (2). Cela exclut donc les simples dégradations matérielles par lesquelles le débiteur diminuerait la valeur de ses biens ; 2° ce sont des actes révocables, en ce sens qu'un acte contraire peut en détruire les effets et rétablir l'état de choses antérieur ; c'est ce qui ressort du but même que les textes assignent à l'action Paulienne (3) : on ne demande pas la révocation d'un acte sur lequel il est impossible de revenir. La *manumissio* et l'adition d'hérédité nous ont offert deux remarquables applications de cette idée (n°s 71 et 351) (4); 3° enfin ce

(1) Les actes faits par un débiteur en fraude de ses créanciers ne donnaient pas seulement lieu à l'action Paulienne personnelle et parfois à l'*in integrum restitutio*. Certains textes constatent l'existence d'un interdit *fraudatorium* (L. 67 §§ 1 et 2, *Ad s. c. t. Treb*,, XXXVI, 1. — L. 96 pr., *De sol.*, XLVI, 3. — L. 1, C. Th., *De int. rest.*, II, 16). Nous savons en outre que lorsque l'acte frauduleux consistait en un affranchissement, la loi Ælia Sentia le déclarait nul de plein droit (n° 71). Voilà donc quatre voies de protection mises au service du créancier. Des deux qui ont une portée générale, savoir l'interdit et l'action, quelle est celle qui apparut la première ? Selon toute probabilité, ce fut l'interdit, mais l'action dut le faire tomber en désuétude. On s'explique ainsi qu'il soit rarement nommé dans les textes et que les interprètes n'aient pas réussi à lui trouver une utilité pratique distincte de celle de l'action. Rechercherai-je maintenant si l'action elle-même précéda l'*in integrum restitutio* et la loi Ælia Sentia? La question n'est décidée par aucun texte. Mais je pencherais pour l'affirmative. D'une part, en effet, l'*in integrum restitutio* va plus droit au but, et en ce sens elle est un perfectionnement du système général de l'action Paulienne. D'autre part, en ce qui concerne la loi Ælia Sentia, la croire antérieure à l'action Paulienne, ce serait admettre, contrairement à toutes les vraisemblances, que le droit civil aurait voulu protéger les créanciers contre une seule espèce d'actes frauduleux, et non contre les autres. N'est-il donc pas bien plus naturel de ne voir dans cette loi que le complément de l'œuvre du préteur (n° 71)?

(2) Voir l'observation faite T. II, page 1081, note 1.

(3) Ce but est clairement indiqué par les rubriques des titres relatifs à notre matière (D., XLII, 8. — C., VII, 75), et par les textes nombreux qui parlent ici de restitution ou de révocation.

(4) Quant à la *manumissio*, la loi *Ælia Sentia* suppléa à l'insuffisance de l'édit ;

sont des actes d'aliénation dans le plus large sens du mot (1), c'est-à-dire des actes qui diminuent le patrimoine de leur auteur. L'action Paulienne n'est donc admise qu'autant que le débiteur s'est appauvri, non quand il a simplement négligé de s'enrichir (L. 6 pr., *Quæ in fraud. cred.* — L. 134 pr., *De reg. jur.*, L, 17) (2). Ainsi une donation m'est offerte, et je la refuse; une hérédité m'est déférée, et je la répudie; j'ai stipulé sous une condition qu'il dépend de moi de faire accomplir, et je la fais défaillir; mon fils et mon esclave ont été institués héritiers, et, au lieu de leur donner l'ordre de faire adition, j'émancipe l'un et vends l'autre. Dans tous ces cas, mes créanciers n'ont point à se plaindre, parce que mon patrimoine reste exactement tel qu'il était auparavant. Mais les applications de la règle ne sont pas toutes aussi simples. Les textes nous disent que ni la répudiation d'un legs ni la restitution intégrale d'un fidéicommis qui excède les trois quarts de l'hérédité, ni l'abstention d'un *suus* ne donnent lieu à l'action Paulienne (L. 6 § 4; L. 20, *Quæ in fraud. cred.* — L. 67 §§ 1 et 2, *Ad s.c.t. Treb.*, XXXVI, 1). Et pourtant ne sont-ce pas là autant d'actes qui dépouillent le débiteur d'un droit déjà acquis? Je pourrais d'abord répondre d'une manière générale que les créanciers n'ont pas dû compter sur de telles acquisitions. Mais les solutions romaines se justifient, à mes yeux, par des motifs plus précis et plus juridiques. Il est bien vrai que le legs donne un droit de propriété ou de créance dès le jour de l'adition; mais cette acquisition n'est parfaite, ne devient définitive que par la volonté du légataire (n° 379). L'hypothèse est donc tout à fait analogue à celle du stipulant qui empêche l'accomplissement de la condition à laquelle sa créance est subordonnée. Quant au droit à la quarte Pégasienne, il n'est que la conséquence d'une adition librement faite et que les créanciers de l'héritier ne sauraient lui imposer. S'il ne faisait adition que par force, sur la demande du fidéicommissaire, il n'aurait rien à retenir. Pourquoi donc ne pourrait-il pas, au lieu de se laisser contraindre, faire

quant à l'adition d'hérédité, le préteur pouvait la rescinder lui-même par voie de *restitutio in integrum*. Je saisis ici l'occasion de rectifier une inexactitude qui m'est échappée précédemment (T. I, page 884, note 2). Il ne faut pas dire que l'action Paulienne ne réparerait pas le préjudice causé par une adition d'hérédité; il faut dire qu'elle est non recevable à raison même de la nature de cet acte.

(1) Cet emploi du mot aliénation est justifié en notre matière par plusieurs textes (L. 38 § 4, *De usur.*, XXII, 1. — L. 1 § 1, *Quæ in fraud. cred.*).

(2) Les actions Faviana et Calvisiana sont soumises à la même règle entendue de même manière (L. 1 §§ 6 et 8, *Si quid in fraud. patr.*, XXXVIII, 5).

spontanément adition dans l'unique intérêt du fidéicommissaire ? Enfin en ce qui concerne l'abstention d'un *suus*, remarquons bien qu'elle ne produit pas plus d'effet que la *bonorum separatio* qui aurait pu être demandée par les créanciers du défunt ; elle leur assure le même droit de préférence sur les biens héréditaires. Mais l'actif net qu'ils n'absorbent pas reste la propriété du *suus* et le gage de ses créanciers personnels. Son abstention ne l'appauvrit donc pas, et ne leur cause aucun dommage (1). Au surplus le préteur ne fait aucune différence entre les actes proprements dits et les simples inactions ou omissions qui ont pour effet de nous enlever un droit définitivement acquis. C'est ainsi que la péremption d'une instance, la prescription d'une créance, l'extinction d'une servitude par le non usage peuvent servir de cause à l'action Paulienne (L. 3 §§ 1 et 2 ; L. 4, *Quæ in fraud.*).

851. Supposons qu'un acte réunisse les trois caractères que je viens de préciser. Les créanciers ne sont admis à l'attaquer qu'autant qu'il résulte d'une fraude (*consilium*, *animus*, *scientia*), et leur cause un préjudice (*damnum*, *eventus damni* ou *eventus*. — L. 79, *De reg. jur.*, L, 17) ; en d'autres termes, et de même que lorsqu'ils demandent l'application de la loi Ælia Sentia relative aux affranchissements frauduleux (n° 71), ils doivent établir qne sciemment le débiteur s'est rendu insolvable ou plus insolvable qu'il ne l'était déjà. Le préjudice se constate par l'issue de la *bonorum venditio* (2); si en effet le prix de vente est inférieur au total des dettes, cela démontre avec évidence que tous les actes qui ont appauvri le débiteur ont en même temps lésé ses cranciers. Quant à la fraude, la preuve en est plus difficile et ne peut résulter que d'un examen attentif des circonstances dans lesquelles le débiteur a agi (3). Il va de soi, d'ailleurs, que les deux conditions de fraude et de préjudice doivent concourir en la personne des mêmes créanciers. Une espèce me fera comprendre. J'ai fait une vente à bas prix ou une donation, sachant bien que cet acte allait me rendre insolvable; puis j'ai réussi à payer intégralement mes créanciers. Mais

(1) Il paraît que le fisc pouvait attaquer les actes par lesquels ses débiteurs avaient négligé d'acquérir (L. 45 pr., *De jur. fisc.*, XLIX, 14). Mais cette rigueur comportait certaines exceptions (L. 26, *De jur. fisc.*).

(2) Cela explique pourquoi le Digeste et le Code traitent de l'action Paulienne à propos des voies d'exécution.

(3) La fraude n'implique pas que le débiteur ait connu et voulu léser tous ses créanciers; il suffit qu'elle soit établie à l'égard d'un seul, mais alors le payement fait à ce créancier avant la *missio in possessionem* ôte à tous les autres le droit de se plaindre (L. 10 §§ 7 et 8, *Quæ in fraud. cred.*).

plus tard j'ai contracté d'autres dettes ; et mes nouveaux créanciers, vendant mes biens, en obtiennent un prix trop faible pour les désintéresser. Dans de telles circonstances, il n'y aura pas d'action Paulienne; car ceux qui étaient mes créanciers au jour de l'acte frauduleux n'éprouvent aucun préjudice, et ceux qui le sont aujourd'hui ne peuvent alléguer que la fraude ait été dirigée contre eux (L. 10 §§ 1 et 6, *Quæ in fraud. cred.*) (1).

Quand je fais un acte juridique qui diminue mon patrimoine, ce qui est perdu pour moi va nécessairement enrichir une autre personne qui est mon ayant-cause. Et de là une question délicate : la fraude personnelle du débiteur devait-elle suffire pour donner ouverture à l'action Paulienne? Ou bien fallait-il exiger aussi la complicité de la personne qui bénéficie de l'acte? Car c'est elle seule ordinairement que les créanciers voudront attaquer. Les Romains font ici une distinction très raisonnable. Si l'acte constitue une libéralité, on se contente de la mauvaise foi du débiteur (L. 6 §§ 11 et 13, *Quæ in fraud. cred.*), attendu que le donataire, qui poursuit un pur gain, mérite moins de faveur que les créanciers, qui cherchent à éviter une perte (2). Si au contraire l'acte est à titre onéreux, la participation du tiers à la fraude est absolument nécessaire (L. 6 § 8, *Quæ in fraud. cred.*) (3); car entre lui et les créanciers toute la question est de savoir qui perdra, et il n'a pas, comme eux, à se reprocher d'avoir été trop confiant ou trop négligent (4). Ajouterai-je que pour être complice de la fraude il ne suffit pas de savoir que la personne avec qui l'on traite a déjà des dettes ? Il faut encore se rendre compte ou être averti des résultats que l'acte doit produire, et à plus forte raison l'adhésion que les

(1) Cependant, lorsque l'argent des créanciers actuels a servi à payer les précédents, l'action Paulienne leur est accordée, ainsi que le texte cité en fait la remarque.

(2) La fraude du donateur n'a pas même besoin d'être prouvée quand il s'agit d'une donation portant sur tous ses biens (L. 17 § 1, *Quæ in fraud. cred.*).

(3) Une exception paraît admise en ce qui concerne les actes faits avec un pupille. Bien qu'exempt de fraude, celui-ci sera tenu à raison de son profit, sans quoi son inexpérience tournerait au détriment des créanciers (L. 6 § 10, *Quæ in fraud.*).

(4) Le titre *quæ in fraudem creditorum* contient deux textes de l'édit relatif aux actes frauduleux (L. 1 pr.; L. 10 pr.). Le premier a certainement trait à l'action Paulienne, le second paraît se rapporter à l'interdit fraudatoire. Celui-ci fait allusion à la distinction entre les ayant-cause à titre onéreux et les donataires. Mais l'autre pose en règle générale la nécessité de la fraude chez le tiers qui traite avec le débiteur, et cela s'explique par cette considération que les actes à titre onéreux sont bien autrement fréquents que les donations.

créanciers donnent à l'acte fait-elle disparaître tout soupçon de fraude (L. 6 § 9 ; L. 10 §§ 2 à 4, *Quæ in fraud. cred.*).

A. Sur l'application des règles relatives à la fraude, il y a deux questions importantes que je ne puis omettre : 1° une constitution de dot faite par toute autre personne que la femme elle-même doit-elle être traitée comme donation? En d'autres termes, peut-elle être attaquée à raison de la seule mauvaise foi du constituant? A l'égard du mari, la solution négative fut admise sans difficulté, et elle devait l'être, parce que la dot n'est entre ses mains que le contre-poids des charges du mariage (1). Quant à la femme, le jurisconsulte Vénuléius, supposant d'abord la dot constituée par le père de famille, nous apprend que dans l'opinion la plus accréditée la femme était assimilée au mari et traitée comme un acquéreur à titre onéreux, mais que pourtant quelques jurisconsultes ne voyaient en elle qu'une donataire. Passant ensuite à la dot constituée par un *extraneus*, il nous dit que si la femme est *in potestate*, son père n'est tenu qu'autant qu'il a participé à la fraude ; mais sur la femme elle-même il ne s'explique pas avec clarté. Ce qui paraît certain, c'est que ceux qui la traitaient comme donataire dans la précédente hypothèse devaient à plus forte raison la traiter de même dans celle-ci ; car un père est tenu de doter sa fille, tandis que nul n'est tenu de doter la fille d'autrui (L. 25 §§ 1 et 2, *Quæ in fraud. cred.*) ; 2° un payement fait avant la *missio in possessionem* peut-il jamais donner lieu à l'action Paulienne (2)? Sans doute un tel acte préjudicie aux créanciers non payés, puisqu'il diminue leur dividende. Mais comment accuser de fraude le débiteur qui paye ce qu'il doit ou le créancier qui touche ce qui lui est dû (L. 129 pr., *De reg. jur.*, L, 17)? L'un ne fait que ce qu'il est obligé de faire, l'autre se montre vigilant. Aussi décide-t-on d'une manière générale qu'un payement valable échappe à toute critique (L. 6 § 7 ;

(1) Ce n'est pas seulement en notre matière, c'est d'une manière générale que le mari est réputé acquérir la dot à titre onéreux (*Fr. vat.*, § 105. — L. 19 § 1, *De cond. caus. dat.*, XII, 4. — L. 69 § 6 ; L. 78 § 5, *De jur. dot.*, XXIII, 3. — L. 19, *De obl. et act.*, XLIV, 7. — L 24, C., *De jur. dot.*, V, 12).

(2) Quant aux payements, et d'une façon absolue, quant aux actes que le débiteur a faits après l'envoi en possession, par conséquent n'ayant plus l'exercice de ses droits, c'est chose certaine qu'ils ne peuvent pas être opposés aux créanciers. Mais d'autre part ils ne sont pas nuls de pleins droit, et l'on se demande si l'action qui tend à les révoquer porte le nom d'action Paulienne. Je suis bien porté à répondre affirmativement. Ce qui est sûr, c'est que dans de tels cas la preuve du préjudice suffit, la date même de l'acte établissant une présomption invincible de fraude.

Quæ in fraud. cred.). Que si pourtant il s'agit d'un payement fait par anticipation, cela même peut constituer une fraude, et alors le créancier qui en est complice garde bien le capital reçu, mais il doit compte à la masse de tous les avantages que lui a procurés l'inobservation du terme; et par exemple il est tenu de payer des intérêts si sa créance n'en produisait pas (L. 10 § 12; L. 17 § 2, *Quæ in fraud. cred.*). Cette exception au principe me paraît être la seule que le droit commun comporte (1).

852. *A qui est donnée l'action Paulienne.* — Elle appartient évidemment à tous les créanciers qui ont procédé à la *bonorum venditio*, elle est leur bien commun, et cela soit que la fraude ait été dirigée contre eux tous ou seulement contre l'un ou quelques uns d'entre eux. Mais il était difficile d'admettre que chacun l'exerçât pour son propre compte et jusqu'à concurrence de sa part; c'eût été multiplier sans raison les complications et les frais. Aussi l'édit du préteur porte-t-il qu'elle sera délivrée *curatori bonorum vel ei cui de ea re actionem dare oportebit* (L. 1 pr., *Quæ in fraud. cred.*). Ce texte prouve d'abord qu'en règle générale c'est le *curator bonorum* qui a qualité pour intenter l'action Paulienne dans l'intérêt de la masse. Mais peut-être le *curator* ne veut-il point agir, par exemple parce qu'il ne croit pas à la fraude; peut-être aussi n'y a-t-il pas de *curator*. Dans de tels cas, les créanciers ne peuvent-ils pas désigner eux-mêmes ou faire désigner par le préteur celui d'entre eux qui exercera l'action? Mieux que cela, est-ce que l'un d'eux ne peut pas agir spontanément dans l'intérêt de tous? Ces deux questions comportent, selon moi, une réponse affirmative, et je crois la trouver dans les derniers mots du texte précédemment cité.

Contre quelles personnes compète l'action Paulienne. — Ces personnes peuvent se diviser en deux classes. Les unes sont tenues à raison de leur propre fraude, leur obligation est donc égale au préjudice éprouvé par les créanciers (L. 78, *De reg. jur.*, L, 17). Les autres, au contraire, ne sont tenues que parce qu'elles ont profité de

(1) Une autre exception fut controversée, mais pour un cas tout particulier. Supposons qu'un pupille, héritier sien de son père, ait commencé par s'immiscer la succession et notamment ait payé un créancier, puis se soit abstenu. Le payement fait par lui ou plutôt par son tuteur peut-il être attaqué? La négative paraît avoir été admise en principe. Si pourtant ce payement avait été fait *per gratificationem*, c'est-à-dire pour favoriser le créancier qui le reçoit, quelques jurisconsultes admettaient l'action Paulienne (L. 6 § 2, *De reb. auct. jud.*, XLII, 5), mais d'autres la rejetaient (L. 24, *Quæ in fraud. cred.*).

la fraude d'autrui, et par conséquent l'étendue de leur obligation se mesure à leur profit (L. 6 § 11; L. 25 § 1, *Quæ in fraud. cred.*).

Dans la première classe, je range : 1° le *fraudator* lui-même. Le but de l'action ainsi donnée contre une personne qui n'a plus rien n'est évidemment pas d'indemniser les créanciers, mais d'exposer le débiteur à une condamnation qu'il n'exécutera pas et qui permettra de l'emprisonner. C'est donc pour le punir que l'on déroge ici à la règle qui soustrait celui dont les biens ont été vendus à toute poursuite *ex ante gesto* (L. 1 pr.; L. 25 § 7, *Quæ in fraud. cred.*) (1); 2° tous ceux qui de mauvaise foi ont traité, à titre onéreux ou à titre gratuit, avec le *fraudator* (L. 1 pr., *Quæ in fraud. cred.*); 3° ceux qui, sans traiter avec lui, ont connu la fraude et ont profité de l'acte par voie de conséquence directe. Soit par exemple un débiteur principal et un fidéjusseur, ou deux *correi promittendi* : l'acceptilation étant faite à l'un de ces deux obligés, l'autre sera tenu par cela seul qu'il aura connu la fraude du créancier (L. 25 pr., *Quæ in fraud. cred.*) (2); 4° les sous-acquéreurs de mauvaise foi qui traitent avec le complice de la fraude. Ainsi j'ai vendu ou donné une chose à Primus qui était au courant de mes intentions frauduleuses; Secundus qui plus tard la lui achète dans les mêmes conditions sera tenu de l'action Paulienne, et cela sans que Primus en soit déchargé (L. 9, *Quæ in fraud. cred.*).

La seconde classe de personnes soumises à l'action Paulienne comprend : 1° les donataires du *fraudator*, lorsqu'ils ont ignoré sa situation (L. 6 § 11, *Quæ in fraud. cred.*) (3). Par application de cette règle, le débiteur principal, qui profite d'une acceptilation gratuite frauduleusement faite à son fidéjusseur, est tenu malgré sa bonne foi

(1) Entre les deux textes que je cite, il y a une sorte d'antinomie. L'un nous montre le texte de l'édit admettant expressément l'action contre le *fraudator*, et l'autre nous apprend qu'il y eut à cet égard une controverse. Avec beaucoup de vraisemblance, on peut conclure de là que dans sa rédaction primitive l'édit ne s'expliquait pas sur la question.

(2) C'est par application d'une idée semblable que le père de famille d'une femme dotée frauduleusement peut être poursuivi, s'il a connu la fraude. Mais comme la dot ne lui appartient pas immédiatement et ne lui appartiendra peut-être jamais, son obligation se borne à promettre qu'il la restituera, si jamais elle parvient entre ses mains (L. 25 § 2, *Quæ in fraud. cred.*).

(3) Deux questions peuvent être posées ici : 1° l'action Paulienne est-elle admise contre le donataire de bonne foi qui tient son titre, non pas du *fraudator* lui-même, mais d'un premier acquéreur complice de la fraude? 2° les aliénations faites par le donataire de bonne foi qui a traité avec le *fraudator* peuvent-elles donner lieu à l'action Paulienne contre les sous-acquéreurs? Sur les deux points, je suis porté à décider négativement; mais les textes sont muets.

personnelle ; seulement son obligation n'est que subsidiaire (L. 25 pr., *Quæ in fraud. cred.*) (1) ; 2° les personnes en tutelle ou en curatelle, lorsqu'un acte frauduleux a été fait de concert avec leur tuteur ou curateur (L. 10 § 5, *Quæ in fraud. cred.*) ; 3° le maître ou le père de famille, quand il s'agit d'actes faits avec une personne *alieni juris* (L. 6 § 12, *Quæ in fraud. cred.*) (2).

853. *Des résultats de l'action Paulienne.* — Cette action est arbitraire : il fallait qu'elle le fût pour aboutir à la révocation effective de l'acte frauduleux.

Plaçons-nous dans l'hypothèse la plus pratique, celle où le défendeur est un ayant-cause médiat ou immédiat du *fraudator*, mais un ayant-cause de mauvaise foi. En quoi consistera la restitution ordonnée par le juge ? D'abord à revenir sur l'acte attaqué, par exemple à retransférer la propriété, à rétablir l'obligation éteinte ou à faire acceptilation de l'obligation contractée (L. 10 § 14 ; L. 14 ; L. 17 pr., *Quæ in fraud. cred.*). Ce n'est pas tout : pour obtenir l'entière réparation du préjudice, il faut que les choses soient de tous points remises dans l'état où elles seraient si l'acte frauduleux n'avait jamais eu lieu (L. 38 § 4, *De usur.*, XXII, 1). La restitution comprendra donc tous les accessoires connus sous le nom de *causa*, et en particulier les fruits et les produits de la chose, non seulement ceux que le défendeur a perçus, mais tous ceux que le *fraudator* lui-même aurait pu percevoir (L. 10 §§ 19 à 22, *Quæ in fraud. cred.*) (3). Faute de restitution, le

(1) En sens inverse, le fidéjusseur de bonne foi n'est pas tenu à raison de l'acceptilation frauduleusement reçue par le débiteur principal.

(2) On peut ajouter à cette liste le pupille qui a traité lui-même sans mauvaise foi avec e *fraudator* (T. II, page 1092, note 3).

(3) Ces textes, qui appartiennent à Ulpien, paraissent contredits par Vénuléius (L. 25, §§ 4 et 5, *Quæ in fraud. cred.*). Les deux jurisconsultes s'accordent à exiger la restitution des fruits postérieurs à la *litis contestatio*. C'est donc seulement sur les fruits antérieurs que porte la divergence. D'après Vénuléius, le défendeur ne restituerait que ceux qui étaient déjà pendants au jour de l'aliénation, et pareillement il ne serait pas tenu de rendre le *partus ancillæ* conçu depuis que la mère a été aliénée. Pour expliquer ces décisions, on a souvent recouru au principe qui exclut l'action Paulienne toutes les fois que le débiteur ne s'est pas appauvri. Le débiteur, a-t-on dit, n'a jamais eu la propriété des fruits qui se rapportent au temps compris entre l'acte frauduleux et la *litis contestatio*, donc il ne s'en est pas appauvri. Cette explication est évidemment subtile et forcée. Car on ne peut soutenir sérieusement que qui se prive d'un revenu certain ne s'appauvrit pas. Mais de plus, une telle idée fût-elle acceptable, la contradiction entre les deux jurisconsultes n'en serait pas moins flagrante. Aussi a-t-on fait remarquer, dans une opinion beaucoup plus sensée, que les textes de Vénuléius, empruntés à un ouvrage sur les interdits, se référaient très probablement à l'interdit fraudatoire, et de là on a conclu que

juge prononcera une condamnation égale à la valeur de la chose et des accessoires (1).

Le défendeur qui a fait des déboursés légitimes est-il admis à les recouvrer? L'affirmative n'est pas douteuse en ce qui concerne les frais relatifs aux produits et aux fruits (L. 10 § 20, *Quæ in fraud. cred.*). Mais supposons un acheteur qui a payé son prix aux mains du *fraudator*. Ce prix doit-il lui être rendu, si la chose est restituée, et à défaut de restitution, diminue-t-il le montant de la condamnation? La réponse dépend d'une distinction : si les deniers se retrouvent en nature dans le patrimoine du *fraudator*, l'acheteur les recouvre; sinon, il les perd (2). Dans le premier cas, en effet, le *fraudator* a certainement profité du prix de vente; dans le second cas, ce profit est au moins douteux (LL. 7 et 8, *Quæ in fraud. cred.*) (3).

De la durée de l'action Paulienne. — Cette action ne peut être demandée que pendant une année utile, qui part du jour où la preuve du préjudice est acquise, c'est-à-dire du jour de la *bonorum venditio*. Cependant ceux qui étaient tenus à raison de leur mauvaise foi personnelle restent tenus, même après l'année, jusqu'à concurrence de leur bénéfice (L. 6 § 14; L. 10 §§ 18 et 24, *Quæ in fraud. cred.*). Du reste l'action Paulienne ne s'éteint ni par la mort de ceux à qui elle appartient ni par la mort de ceux qui en sont tenus (L. 10 § 25, *eod. tit.*) (4).

ce jurisconsulte ne visait pas l'action Paulienne et ne faisait qu'appliquer une règle propre aux interdits : c'est que les fruits n'y sont dus que du jour où le magistrat a prononcé l'ordre ou la défense qui constitue l'interdit (L. 3, *De int.*, XLIII, 1). Mais alors pourquoi Vénuléius exige-t-il la restitution des fruits déjà formés au jour de l'aliénation? par cette raison fort simple qu'ils faisaient corps avec la chose. Ce n'est donc pas à titre de fruits qu'ils sont restitués.

(1) Tout ce que j'ai dit sur la nature et l'étendue de la restitution s'applique également au *fraudator*. Quant au défendeur exempt de mauvaise foi, nous savons déjà qu'il n'est pas obligé au delà de son enrichissement. Sous cette réserve, on peut dire de lui qu'il doit aussi remettre les choses dans leur état antérieur.

(2) L'acheteur peut-il du moins concourir avec les autres créanciers dans la répartition des deniers provenant de la *bonorum venditio*? Je ne le pense pas.

(3) Par analogie, l'on doit décider que dans l'hypothèse d'un échange, le complice du *fraudator* ne reprend sa chose qu'autant qu'elle n'a pas passé dans les mains d'un sous-acquéreur.

(4) Il faut signaler ici le cas particulier où le *fraudator* serait mort et aurait un héritier. Dans une telle hypothèse, le principe est que l'action Paulienne disparaît. Car si les créanciers ne sont pas payés, ce sont les biens de l'héritier qu'ils vendent, et non pas ceux du défunt. Or notre action suppose que la *bonorum venditio* a pour objet le patrimoine du *fraudator* lui-même. Pour échapper à ce résultat, il faut que les créanciers demandent la *bonorum separatio* (L. 10 §§ 9 et 11, *Quæ in fraud. cred.*).

CLASSIFICATION DES ACTIONS TOUT A LA FOIS D'APRÈS LA NATURE DU FAIT D'OU ELLES DÉRIVENT ET D'APRÈS LE BUT DE LA CONDAMNATION.

SOMMAIRE : I. Actions *rei persequendæ gratia*, pénales et mixtes — II. Actions pénales *a parte rei tantum*. — III. Subdivision des actions pénales et mixtes en actions privées et populaires. — IV. Distinction des actions au simple, au double, au triple, ou au quadruple.

I. — ACTIONS *rei persequendæ gratia*, PÉNALES ET MIXTES.

Lib. IX, tit. VI, *De actionibus*, § 12. — Pœnales quoque actiones bene multas ex sua jurisdictione introduxit : veluti adversus eum qui quid ex albo ejus corrupisset ; et in eum qui patronum vel parentem in jus vocasset, quum id non impetrasset ; item adversus eum qui exemerit eum qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit, et alias innumerabiles (Gaius, IV, § 46).

Le préteur, en vertu de sa juridiction, a aussi introduit un assez grand nombre d'actions pénales. Ainsi il y en a une contre ceux qui ont dégradé son album, contre ceux qui ont appelé *in jus* leur patron ou leur ascendant sans en avoir obtenu l'autorisation, de même contre ceux qui, par violence, ont dérobé une personne à la *vocatio in jus* ou ont usé de dol pour qu'un tiers l'y dérobât. Les actions de ce genre sont innombrables.

§ 16. — Sequens illa divisio est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ persequendæ, quædam mixtæ sunt (Gaius, IV, § 6).

Voici maintenant une autre distinction : il y a des actions où l'on ne poursuit que la *res*, il y en a où l'on poursuit seulement une peine, et il y en a de mixtes.

§ 17. — Rei persequendæ causa comparatæ sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum quæ in personam sunt, eæ quidem quæ ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendæ causa comparatæ videntur : veluti, quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum deductam petit actor, item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto vendito, locato conducto. Plane, si depositi agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum sit, in

Sont établies pour poursuivre la *res* toutes les actions *in rem*, et parmi les actions personnelles, presque toutes celles qui naissent d'un contrat, par exemple celles où le demandeur réclame une somme d'argent prêtée ou stipulée, de même les actions de commodat, de dépôt, de mandat, de société, de vente et de louage. Toutefois, quand l'action de dépôt se réfère à un dépôt fait en cas de tumulte, incendie, ruine ou naufrage, le préteur la donne au double, mais cela en la supposant intentée soit

duplum actionem prætor reddit, si modo cum ipso apud quem depositum est, aut cum herede ejus ex dolo ipsius agetur : quo casu mixta est actio.

contre le dépositaire lui-même, soit contre ses héritiers à raison de leur dol personnel, et alors l'action est mixte.

§ 18. — Ex maleficiis vero proditæ actiones, aliæ tantum pœnæ persequendæ causa comparatæ sunt, aliæ tam pœnæ quam rei persequendæ, et ob id mixtæ sunt. Pœnam tantum persequitur quis actione furti : sive enim manifesti agatur quadrupli, sive nec manifesti dupli, de sola pœna agitur : nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est, suam esse petens, sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet; eo amplius, adversus furem etiam condictio est rei.

Quant aux actions nées d'un délit, les unes ont pour tout objet la poursuite d'une peine, les autres poursuivent à la fois une peine et la *res*, et par conséquent sont mixtes. L'action *furti* tend uniquement à obtenir une peine; et, en effet, qu'on agisse au quadruple à raison d'un vol manifeste, ou au double à raison d'un vol non manifeste, il ne s'agit jamais que d'une peine : quant à la *res* elle-même, on la poursuit par une action spéciale, où l'on se dit propriétaire de la chose, et cela sans distinguer si elle est possédée par le voleur lui-même ou par un autre. En outre, la chose donne lieu à une *condictio* contre le voleur.

§ 19. — Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplum rei persecutio continetur, pœna autem tripli est. Sed et legis Aquiliæ actio de damno injuriæ mixta est, non solum si adversus infitiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agit : veluti si quis hominum claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit : tanti enim damnatur, quanti is homo in eo anno plurimi fuerit, secundum jam traditam divisionem. Item mixta est actio contra eos qui relicta sacrosanctis ecclesiis vel aliis venerabilibus locis, legati vel fideicommissi nomine, dare distulerint usque adeo ut etiam in judicium vocarentur : tunc enim

L'action *vi bonorum raptorum* est mixte, parce que le quadruple comprend la poursuite de la *res* et que la peine est seulement du triple. Est également mixte l'action fondée sur un dommage injuste, et cela non seulement quand elle est donnée au double contre une personne qui nie, mais parfois même lorsque le demandeur ne poursuit que le simple, par exemple si le délit consiste à avoir tué un esclave boiteux ou borgne, qui moins d'un an auparavant était intact et d'un grand prix ; dans ce cas, en effet, selon la distinction déjà présentée, la condamnation a pour objet la plus haute valeur que l'esclave a eue dans l'année. Est pareillement mixte

et ipsam rem vel pecuniam quæ relicta est dare compelluntur, et aliud tantum pro pœna, et ideo in duplum ejus fit condemnatio.

l'action donnée à raison des legs ou fidéicommis laissés aux saintes églises ou autres lieux vénérables, lorsque le débiteur en a retardé l'exécution au point de se laisser poursuivre en justice : alors, en effet, outre la chose ou la somme laissée par le défunt, il doit, à titre de peine, une valeur égale, de sorte que la condamnation s'élève au double.

854. Attachons-nous d'abord à distinguer l'action *rei persequendæ gratia* de l'action pénale, c'est-à-dire à dégager l'antithèse établie entre les mots *res* et *pœna*. *Res* contient l'idée générale d'indemnité, tandis que l'on appelle *pœna* une perte infligée au défendeur dans l'intérêt du demandeur (1). Prenons des exemples. Quand j'agis en restitution d'un prêt ou en payement d'un prix de vente, je soutiens qu'il y a ou qu'il doit y avoir dans le patrimoine de mon adversaire une valeur qui est sortie du mien, et je demande simplement à la recouvrer, mais je ne demande point à gagner; je ne cherche pas non plus à appauvrir le défendeur, et si en fait il éprouve une perte, c'est qu'il n'aura pas su ou n'aura pas pu tirer parti du contrat fait avec moi. Qu'au contraire, j'exerce l'action *injuriarum* ou l'action *furti*, quelle est alors ma prétention? C'est de me faire payer une somme d'argent pour laquelle je n'ai rien fourni et n'entends rien fournir; je veux faire subir au défendeur un dommage dont je profiterai. Je poursuis donc *pœnam*, tandis que dans les précédentes hypothèses je poursuivais *rem*. Concluons : l'action *rei persequendæ gratia* est celle où le demandeur ne tend qu'à assurer l'intégrité de son patrimoine, l'action pénale est celle où il tend à appauvrir le défendeur et à s'enrichir d'autant. Ceci compris, l'action mixte est facile à définir : c'est celle où l'on poursuit tout ensemble la *res* et une peine; ainsi nous avons vu

(1) De même que nous avons distingué entre les délits privés et les *crimina* (n° 665), de même la peine dont nous parlons ici, peine qui enrichit un particulier, ne doit point être confondue avec les peines criminelles dont la compilation de Justinien traite sous la rubrique *De pœnis* (Dig., XLVIII, 19. — C., IX, 47). Il ne faut pas non plus la confondre avec la peine qui fait l'objet de la *stipulatio pœnæ*. Celle-ci n'est que l'estimation conventionnelle de l'intérêt que le créancier avait à obtenir l'exécution d'une autre obligation ; elle n'est donc pas réputée appauvrir l'une des parties au profit de l'autre et certainement ne donne pas lieu à une action pénale.

que le quadruple demandé dans l'action *vi bonorum raptorum* comprend, outre le montant du préjudice, une peine du triple (n° 674).

Au fond, cette classification revient à distinguer deux catégories d'actions : celles qui dérivent d'un délit ou d'un quasi-délit et celles qui se rattachent à autre cause quelconque. L'action née d'un délit ou comme d'un délit sera invariablement pénale ou mixte, mais ces caractères ne se rencontreront pas ailleurs. Car que punit-on? Les délits et rien que les délits. Seront donc *rei persequendæ gratia* toutes les actions *in rem* et parmi les actions personnelles toutes celles qui ont une origine contractuelle ou quasi-contractuelle. Tel est bien le point de vue de Gaius (IV, §§ 7, 8, 9, 112) et de Justinien (§§ 17, 18 et 19, *sup.*) (1). Rien n'est donc plus facile, quand on connaît la cause d'une action, que de dire si elle est *rei persequendæ gratia*, ou si, au contraire, elle est pénale ou mixte. Mais comment discerner les actions purement pénales des actions mixtes? Ici il n'y a plus de règle générale, et la question ne peut être résolue que par l'examen successif des divers délits. Pour me borner à ceux dont les Institutes traitent en détail, nous savons que les actions *furti et injuriarum* sont purement pénales, et qu'au contraire les actions *vi bonorum raptorum* et *legis Aquiliæ* sont mixtes. Au surplus, on remarquera que cette classification comprend les actions honoraires aussi bien que les actions civiles. Les Institutes nous le prouveraient, si c'était nécessaire, en disant que le préteur a créé d'innombrables actions pénales et en en donnant trois exemples (§ 12, *sup.*) (2).

(1) Cette façon de comprendre la classification romaine n'est pas sans donner lieu à quelques objections. Voici les deux principales : 1° les actions où l'*infitiatio* fait doubler la condamnation sont incontestablement mixtes, et pourtant plusieurs d'entre elles, par exemple l'action *depositi miserabilis*, se rattachent à un contrat. A cela je réponds simplement que dans de telles hypothèses l'*infitiatio* est considérée comme un délit, et qu'alors l'action a pour ainsi dire deux sources. Ce point de vue est justifié par un texte de Celsus où nous lisons que l'*infitiatio* confine au *furtum* (L. 67 pr., *De furt.*, XLVII, 2) ; 2° la *condictio furtiva* dérive bien d'un délit, dit-on, et néanmoins elle n'est ni pénale ni mixte. On pourrait être tenté de répondre que cette action, quoique donnée à l'occasion et à la suite d'un délit, n'a pas sa véritable cause dans le délit lui-même, mais plutôt dans le profit qu'il a dû procurer au voleur. Mais une telle idée me paraît un peu subtile; l'expression même de *condictio furtiva* et le langage de certains textes la contredisent (L. 21 § 5, *Rer. amot.*, XXV, 2), et enfin cette action est soumise à des règles qui ne s'expliquent pas si on lui donne une cause étrangère au *furtum*. Ainsi elle a pour objet la plus haute valeur de la chose depuis le vol et elle survit à la perte fortuite de cette chose. Pourquoi cela, si l'on fait abstraction du *furtum* d'où elle dérive? J'aime donc bien mieux reconnaître que la *condictio furtiva* constitue une anomalie.

(2) Voici quels sont ces exemples : 1° l'action *de albo corrupto*, donnée contre celui

855. A divers points de vue, il importe de distinguer entre elles nos trois classes d'actions. Bornons-nous d'abord à comparer celles qui sont tout entières *rei persequendæ gratia* et celles qui sont tout entières pénales. Il y a entre elles trois grandes différences bien certaines, mais les deux premières supposent qu'on exclut de la comparaison les actions réelles : 1° c'est une règle générale que les actions personnelles données *rei persequendæ gratia* se transmettent contre les héritiers de l'obligé ; c'est au contraire une règle absolue que les actions pénales non encore exercées s'éteignent par sa mort, car lui seul a mérité la peine (Inst., § 1, *De perp. et temp. act.*, IV, 12). Nous représentons donc nos héritiers en contractant, nous ne les représentons pas en commettant un délit ; 2° les actions dont un père de famille n'est tenu qu'à raison du fait des personnes placées en sa puissance se donnent en général *de peculio*, si elles ont pour objet la *persecutio rei* ; quand elles sont pénales, elles se donnent toujours *noxaliter* (L. 1 §§ 7 et 8, *De his qui eff.*, IX, 2. — L. 1, *De nox. act.*, IX, 4) Cela veut dire que dans le premier cas l'obligation du père de famille est garantie par le pécule entier, et que dans le second cas il peut se libérer en abandonnant l'auteur du délit. Cette différence tient à ce que le père de famille qui constitue un pécule à ses enfants ou à ses esclaves les autorise par cela même à le gérer et à contracter certaines obligations, tandis qu'en aucun cas il n'est réputé les autoriser à commettre des délits (1) ; 3° sup-

qui par dol a dégradé l'album du préteur. Elle a pour objet cinq cents *aurei* (L. 7 pr., *De jurisd.*, II, 1). Avant la fin de l'époque classique, elle fut supprimée et remplacée par la peine du faux (L. 32 pr., *De leg. Corn. de fals.*, XLVIII, 10) ; 2° l'action donnée contre celui qui, sans la permission du magistrat, a appelé *in jus* son ascendant ou son patron. Nous la connaissons déjà (n° 749, *in fine*) ; 3° enfin l'action donnée contre quiconque emploie ou fait employer la violence par un tiers à l'effet de dérober quelqu'un à une *vocatio in jus* régulière. La peine encourue est égale à l'intérêt litigieux, tel que le demandeur l'estime (L. 1 § 2 ; L. 2 ; L. 5 § 1, *Ne quis eum qui in jus*, etc., II, 7). Toutes ces actions ont une *intentio in factum* (Gaius, IV, § 46).

(1) Une difficulté s'élève sur la *condictio furtiva*. Nombre de textes prouvent qu'elle ne tend qu'à la *rei persecutio* (L. 7 § 2, *De cond. furt.*, XIII, 1. — L. 9 § 1, *De furt.*, XLVII, 2. — L. 1, C., *De cond. furt.*, IV, 8). Elle doit donc se donner *de peculio* quand elle résulte d'un *furtum* commis par une personne *alieni juris*. Seulement nous trouvons ici une particularité : c'est que le père de famille n'est jamais condamné que dans la mesure de son profit (L. 3 § 12, *De pec.*, XV, 1. — L. 30, pr., *De act. empt.*, XIX, 1). Mais un texte ajoute que pour le surplus le père peut se libérer en faisant l'abandon noxal (L. 4, *De cond. furt.*). Cette décision ne doit évidemment pas nous conduire à croire que la *condictio furtiva* se donnât jamais *noxaliter*. On l'a expliquée très raisonnablement en disant que l'auteur du texte vise

posons plusieurs individus tenus de la même action à raison du même fait ou de la même cause. S'il s'agit d'une action *rei persequendæ gratia*, la satisfaction que l'un d'eux fournit libère tous les autres, car on ne se fait pas indemniser deux fois. L'action, au contraire, est-elle pénale, tous les délinquants sont tenus *in solidum*, en ce sens que la peine payée par l'un ne décharge point les autres. Supposons par exemple que quatre personnes se soient associées pour me voler un esclave. Quand il m'aura été restitué ou que j'en aurai touché une fois la valeur, la *condictio furtiva* et la *rei vindicatio* seront éteintes *erga omnes*. Mais que la peine du double ou du quadruple ait été acquittée par l'un des voleurs, chacun des autres la devra encore pour son propre compte. De sorte que si par hasard les délinquants sont tous solvables, le *furtum* m'enrichira d'une somme égale à huit ou seize fois la valeur de ma chose, résultat peu moral assurément, mais qui, étant donné le mode de répression établi pour les délits privés, se justifie par cette considération très juste que chaque délinquant doit être puni (L. 1, C., *De cond. furt.*, IV, 8).

Sur les trois points qui précèdent, comment traiterons-nous les actions mixtes? Selon la pure logique, on aurait dû leur appliquer pour partie les règles de l'action *rei persequendæ gratia*, et pour partie les règles de l'action pénale. Mais cette doctrine simple n'est pas celle des Romains. Si nous nous attachons particulièrement à la plus importante des actions mixtes, à celle de la loi Aquilia, nous voyons qu'elle est tout à fait soumise aux règles des actions pénales. En effet, on la donne *noxaliter* (L. 2 pr., *De nox. act.*, IX, 4), elle ne se transmet contre les héritiers que dans la mesure de leur profit personnel (L. 23 § 4, *Ad. leg. Aqu.*, IX, 2), et autant il y a de délinquants, autant de fois la peine doit être payée (L. 11 § 2, *Ad. leg. Aqu.*). La première de ces décisions, quelque dure qu'elle soit pour la personne lésée, se justifie par son but qui est de protéger la fortune des propriétaires contre les délits des individus soumis à leur puissance. Mais l'intransmissibilité passive de l'action *legis Aquiliæ* et le cumul des condamnations contre les divers obligés ne se justifient pas aussi bien. D'un côté la victime du délit n'est pas assez protégée, et de l'autre on la favorise

tout à la fois la *condictio furtiva* et l'action *furti*. Mais une explication non moins admissible me paraît suggérée par un autre texte (L. 2 § 3, *De priv. del.*, XLVII, 1). Elle consisterait à dire que le père de famille poursuivi par la *condictio furtiva* pouvait dès lors faire l'abandon noxal sans pour cela se soustraire à une condamnation *de lucro*. On simplifiait ainsi les choses en lui épargnant de subir successivement deux poursuites.

outre mesure. Les Romains évidemment ont été dupes des mots : ils n'ont pas pris garde que l'action *legis Aquiliæ*, quoique dérivant d'un fait qualifié délit, n'est point en elle-même comparable aux actions *furti* et *injuriarum*, qu'elle tend avant tout à la réparation d'un dommage, et qu'en fait c'en est là très souvent l'unique résultat. Maintenant faut-il étendre à toutes les actions mixtes ce que je viens de dire de l'action *legis Aquiliæ*? Non certainement, et sans prétendre poser une théorie absolue qui risquerait d'être contrariée par plus d'un texte, voici les règles que je crois avoir été admises au moins dans la plupart des cas : 1° les actions mixtes se donnent *noxaliter*, et toutefois le père de famille qui a fait l'abandon noxal reste encore tenu jusqu'à concurrence de son profit; 2° ces actions ne sont pas données contre les héritiers du délinquant, si ce n'est dans la mesure de leur profit personnel; 3° enfin, quand elles résultent du fait de plusieurs personnes, elle s'éteignent non sans doute par une seule poursuite, mais bien par une seule satisfaction. L'action *quod metus causa* nous offre l'application de ces trois règles (L. 14 § 15; L. 15; L. 14 pr., §§ 1 et 2, *Quod metus caus.*, IV, 2) (1).

856. Notre classification présente encore un intérêt considérable dans les cas où plusieurs actions différentes ont leur cause médiate ou immédiate dans le même fait. On se demande alors si celui qui en est investi peut en cumuler le bénéfice, c'est-à-dire obtenir et faire exécuter autant de condamnations qu'il a d'actions. C'est la question célèbre connue sous le nom de concours des actions. La règle générale est posée par Ulpien : le cumul doit être rejeté, dit-il, si ces actions ne tendent qu'à satisfaire le même intérêt; il doit être admis si elles répondent à des intérêts différents (L. 43 § 1, *De reg. jur.*, L, 17). La question revient donc à examiner s'il y a entre elles identité d'objet, dans le sens large où l'on emploie cette expression lorsqu'il s'agit de déterminer les éléments qui constituent l'autorité de la chose jugée (L. 5, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2) (2). Faisons maintenant l'application de la règle aux divers ordres d'hypothèses.

(1) J'ai dit que ces règles ne sont pas absolues. Ainsi l'action *vi bonorum raptorum* est entièrement éteinte par la mort du *raptor* (T. II, p. 646, note 3), et sans doute, dans la mesure où elle est pénale, elle se donne *in solidum* contre tous les délinquants. Ce dernier caractère semble appartenir aussi à l'action *arborum furtim cæsarum* (L. 6 pr., *Arb. furt. cæs.*, XLVII, 7).

(2) Pourquoi donc ne pas traiter du concours des actions à propos de l'autorité de la chose jugée? C'est que l'une des actions venant à être éteinte par un payement ou une satisfaction volontaire, la question subsiste tout entière, et certainement il

1° *Concours de deux actions* rei persequendæ gratia. — Par exemple, un commodataire a vendu la chose prêtée, ce qui constitue tout à la fois une violation du contrat et un *furtum*, de sorte qu'il est tenu et de l'action *commodati* et de la *condictio furtiva*. Mais, visiblement, ces deux actions tendent à réparer le même préjudice ; elles ne se cumuleront donc pas. Est-ce à dire que dans cette hypothèse et autres semblables on réduise le demandeur à une option pure et simple ? Les textes distinguent : a-t-il d'abord exercé la plus avantageuse des deux actions, celle dont il n'a pas usé est désormais paralysée pour le tout à l'aide d'une exception (1). A-t-il au contraire commencé par la moins avantageuse : l'autre reste efficace pour tout ce qu'elle contient de plus (LL. 43 et 47 pr., *Pro soc.*, XVII, 2. — L. 34 § 1 ; L. 41 § 1, *De obl. et act.*, XLIV, 7) (2). La *stipulatio pœnæ* jointe à un contrat de bonne foi nous a offert une application de ces idées (n° 541.)

2° *Concours d'une action* rei persequendæ gratia *et d'une action purement pénale*. — Ici, les deux actions diffèrent essentiellement par leur but. L'une tend à réparer un dommage, l'autre à punir un délit. Il n'y a donc aucune difficulté à admettre le cumul. C'est ainsi que le propriétaire volé, exerçant l'action *furti*, ne perd aucune des actions *rei persequendæ gratia* qui lui compètent, et, exerçant l'une de celles-ci, conserve l'action *furti* (L. 7 § 1, *De cond. furt.*, XIII, 1. — L. 34 § 2, *De obl. et act.* — L. 12, C., *De furt.*, VI, 2).

3° *Concours d'une action* rei persequendæ gratia *et d'une action mixte*. — Nous n'avons ici qu'à combiner les règles posées sur les deux précédentes hypothèses, et nous arrivons à cette conclusion, que l'action *rei persequendæ gratia* se cumule avec l'action mixte dans la

ne s'agit pas alors de rechercher si c'est l'autorité de la chose jugée qui peut faire obstacle à l'exercice de l'autre action.

(1) Dans l'espèce proposée, l'avantage sera ordinairement du côté de la *condictio furtiva*, parce que l'intérêt du demandeur s'y apprécie d'après la plus haute valeur de la chose, depuis le *furtum* (n° 673).

(2) Il faut analyser ici un texte important (L. 9 § 1, *De furt.*, XLVII, 2). Supposons qu'un propriétaire volé choisisse la *rei vindicatio* pour se faire indemniser ; il doit, sur l'ordre du juge, faire remise de la *condictio furtiva*, et cela sans doute à l'aide d'une novation et d'une acceptilation. Dans ce cas et dans tous ceux où une pareille remise aura été opérée, l'exception dont j'ai parlé cesse d'être nécessaire. Mais qu'arriverait-il si le propriétaire avait d'abord intenté la *condictio furtiva* ? Pourrait-il ensuite se raviser et user de la *rei vindicatio* ? Pomponius admet l'affirmative, mais sous la condition que le demandeur consente à restituer le montant de la condamnation prononcée sur la *condictio furtiva*. Cette décision se justifie par l'intérêt que le propriétaire peut avoir à rentrer en possession de sa chose plutôt que d'en obtenir simplement l'estimation.

mesure pour laquelle celle-ci est pénale, mais non au delà. Ainsi un commodataire qui a détruit la chose est tenu à la fois de l'action *commodati* et de l'action *legis Aquiliæ*, et les textes décident qu'en exerçant cette dernière, qui est quelquefois plus avantageuse et qui ne l'est jamais moins, le créancier éteint l'action *commodati*, mais qu'au contraire en usant de l'action *commodati* il conserve celle de la loi *Aquilia* pour tout ce qu'elle peut lui donner de plus (L. 7 § 1, *Comm.*, XIII, 6. — L. 34 § 2, *De obl. et act.* (1). — L. 2 § 3, *De priv. del.*, XLVII, 1) (2).

4° *Concours de deux actions* ex delicto. — Cette hypothèse en comprend trois ; car les deux actions qui concourent peuvent être l'une et l'autre pénales, l'une et l'autre mixtes, ou bien l'une pénale et l'autre mixte. C'est aux deux dernières sortes d'hypothèses que les textes se réfèrent particulièrement, et je n'en connais aucun qui vise d'une manière spéciale le concours de deux actions purement pénales.

Il y a un premier ordre de cas, qui, ce semble, ne peut donner lieu à aucune difficulté, ce sont ceux où le même délit est prévu et puni sous deux noms différents. Comme exemple, je citerai la *rapina*, qui rentre dans le *furtum*. Je citerai aussi le fait de couper clandestinement les arbres d'autrui. Il y a là un délit spécial puni, d'après la loi des Douze Tables, par une action appelée *arborum furtim cæsarum*, et qui a pour objet le double du dommage causé. Mais ce délit rentre aussi dans les prévisions générales de la loi Aquilia. Dans des cas pareils, le principe est le même que s'il s'agissait de deux actions *rei persequendæ gratia;* si donc la plus avantageuse des deux actions est exercée la première, elle éteint l'autre pour le tout, et si elle n'est exercée qu'en second lieu, on la limite à ce qu'elle contient de plus (LL. 1 et 11, *Arb. furt. cæs.*, XLVII, 7. — L. 1, *Vi bon. rapt.*, XLVII, 8) (3).

Supposons maintenant que les deux actions se rapportent à des

(1) Vers la fin de ce texte, il y a une altération. Je lis *locum habet* au lieu de *locum non habet*.

(2) Très souvent, en fait, l'action de la loi Aquilia n'offrira aucun avantage de plus que l'action *commodati* ou toute autre action contractuelle, et c'est pourquoi bien des textes disent simplement que l'une étant exercée l'autre s'éteint (L. 18 § 1, *Comm.*, XIII, 6. — L. 43, *Loc.* ,XIX, 2. — L. 27 § 11, *Ad leg. Aqu.*, IX, 2).

(3) Il faut signaler ici une décision exceptionnelle et assez étrange. L'espèce est celle d'un esclave qui a pris la fuite sur les conseils d'un tiers. Le maître est alors investi de l'action *de servo corrupto*, qui a pour objet le double du préjudice éprouvé et notamment le double de la valeur des objets que l'esclave lui a volés en fuyant (Inst., § 23, *De act.*). Mais à l'égard de ces objets l'action *furti* lui com-

délits véritablement différents. Bien que ces délits se rattachent au même fait, la logique veut, ce me semble, que si les deux actions sont purement pénales, ou l'une pénale et l'autre mixte, le cumul soit admis d'une manière absolue, et que, si elles sont toutes les deux mixtes, le cumul ait lieu quant aux peines et non quant à la *res*. En effet, selon la remarque d'Ulpien, un délit ne saurait être effacé par un autre délit, et il n'y a aucune raison pour ne pas les punir tous (L. 2 pr., *De priv. del.*, XLVII, 1). Aussi le même jurisconsulte pose-t-il, dans les termes les plus généraux, le principe du cumul (L. 60, *De obl. et act.*, XLIV, 7. — L. 130, *De reg. jur.*, L, 17), et il en fait l'application à plusieurs hypothèses (L. 14 § 1, *De præscr. verb.*, XIX, 5. — L. 2 §§ 1 et s., *De priv. del.* — L. 15 § 46, *De inj.*, XLVII, 10). Cependant la question fut l'objet d'une longue et vive controverse. Le jurisconsulte Paul, dans une loi célèbre (L. 34 pr., *De obl. et act.*), rapporte que trois opinions s'étaient produites. Il vise le cas particulier d'un individu qui frappe injurieusement l'esclave d'autrui. De ce fait naissent à la fois l'action *legis Aquiliæ* et l'action *injuriarum*, la première ayant pour cause le dommage matériel, et la seconde l'intention injurieuse qui s'est manifestée par l'acte dommageable. Dans une première opinion, qui paraît avoir eu peu de partisans (*quidam*), le maître de l'esclave n'avait que le choix entre les deux actions, et devait absolument se contenter de l'une ou de l'autre. Dans une seconde opinion, l'action *injuriarum* étant exercée la première, l'action *legis Aquiliæ* restait intacte; mais, à l'inverse, l'exercice de l'action *legis Aquiliæ* éteignait l'action *injuriarum*. Ces deux décisions paraissent d'abord contradictoires; mais la seconde est exceptionnelle et s'explique par une idée sur laquelle je reviendrai, c'est que le juge de l'action *injuriarum* doit statuer *ex bono et æquo*, et que l'équité n'est pas favorable à celui qui, déjà indemnisé et plus qu'indemnisé peut-être par l'action *legis Aquiliæ*, demande à s'enrichir par l'action *injuriarum*. Cette observation nous permet de dire que l'opinion que j'analyse ici n'était autre, en réalité, que celle des partisans du cumul, mais tempérée par une exception toute spéciale. Enfin, une troisième opinion, qui est celle de Paul, confondait notre hypothèse avec celle de deux actions *rei persequendæ gratia;* dans l'espèce donc, l'action *legis Aquiliæ* étant la plus avantageuse des

pète également. Or, Ulpien admet le cumul intégral de ces deux actions, de sorte que le même vol sera puni deux fois (L. 11 § 2, *De serv. corrupt.*, XI, 3).

deux, le demandeur devrait s'en contenter, s'il l'a exercée la première ; sinon, il la conserverait jusqu'à concurrence de ce qu'elle peut lui donner de plus que l'action d'injures.

La controverse ne se restreignait certainement pas à l'hypothèse prévue par Paul. Ce qui prouve qu'elle embrassait tous les cas de concours entre plusieurs actions *ex delicto*, c'est que les trois opinions rapportées par ce jurisconsulte peuvent chacune s'appuyer sur des textes conçus en termes absolument généraux, et ce qui est assez étrange, sur des textes insérés dans le titre même où figure celui de Paul. Ainsi, entre deux actions *ex delicto* qui se rattachent au même fait, Modestin n'admet que le choix pur et simple (L. 53, *De obl. et act.*). Paul, dans un texte déjà cité, autorise le cumul jusqu'à concurrence de la plus avantageuse (L. 41 § 1, *eod. tit.*). Enfin, Ulpien et Hermogénien tiennent pour le cumul absolu (LL. 32 et 60, *eod. tit.*) et, si je ne me trompe, c'est cette dernière opinion qui finit par prévaloir (1). Cela est dit formellement dans le texte précité d'Hermogénien, le plus récent des jurisconsultes qui ont fourni des fragments au Digeste, et cela résulte, avec non moins de force, d'une phrase des Institutes qui est la reproduction textuelle d'une phrase d'Ulpien (Inst., § 1 *in fine*, *Si quadr. paup.*, IV, 9. — L. 130, *De reg. jur.*) (2).

(1) Malgré la divergence évidente des textes que je cite, et quoique la controverse soit clairement constatée, sur une espèce particulière, par Paul (L. 34 pr., *De obl. et act.*), et d'une manière générale par Hermogénien (L. 32, *eod. tit.*), on a fait des essais de conciliation. Notamment on a distingué si le fait auquel se rattachent les divers délits est divisible et indivisible. Ainsi, après avoir volé votre esclave, je le dépouille de ses vêtements et il meurt de froid, ou bien je le blesse ou le tue. Dans ces deux cas, le cumul intégral des actions *furti* et *legis Aquiliæ* serait admis, parce qu'il y a en réalité deux faits distincts l'un de l'autre, le *furtum* et le *damnum injuria datum* (L. 14 § 1, *De præscr. verb.* — L. 2 §§ 1 et 6, *De priv. del.*). Au contraire, si nous nous plaçons dans l'hypothèse spéciale sur laquelle Paul raisonnait tout à l'heure, le fait n'est pas divisible, l'injure et le *damnum* en sont des résultats simultanés et immédiats, et c'est pourquoi, dit-on, le cumul des deux actions ne serait plus admis que jusqu'à concurrence du contenu de la plus avantageuse. Ce système est facile à réfuter. Là même, en effet, où les deux délits paraissent indivisibles, l'analyse les distingue sans peine et assigne à chacun sa cause propre. Ce qui d'ailleurs accuse irrésistiblement la divergence, c'est que nous voyons Ulpien admettre le cumul intégral dans l'espèce même où Paul le rejette (L. 15 § 46, *De inj.*). Mieux que cela, Papinien, visant un *stuprum* commis sur une *ancilla aliena*, et c'est bien là un de ces faits que l'on prétend indivisibles, nous dit que trois actions pourront en naître, savoir les actions *legis Aquiliæ*, *injuriarum* et *servi corrupti*, et il ajoute que cette pluralité de délits ne sera pas une raison pour ménager le coupable. C'est donc que dans son opinion les trois actions se cumulent (L. 6 pr., *Ad leg. Jul. de ad.*, XLVIII, 5).

(2) Dans ces deux textes les mots *eadem res* ne signifient pas, comme dans la loi

Sans doute ce qui avait déterminé la controverse, c'est qu'on trouvait immoral que la victime d'un fait délictueux gagnât à ce que ce fait contînt plusieurs délits ; mais ce n'était là qu'une conséquence rigoureuse de la conception même des délits privés, et si choquante qu'elle puisse paraître, elle ne l'est guère plus que le cumul des peines contre plusieurs individus qui ont participé au même délit. Ce qui est vraiment choquant et immoral, c'est le principe général qui fait de la peine un bénéfice pour le particulier lésé.

II. — DES ACTIONS PÉNALES *a parte rei tantum*.

857. Sous cette expression qui est étrangère aux textes, les interprètes désignent une certaine catégorie d'actions où le demandeur ne poursuit que la *res*, mais où le défendeur est réputé subir une peine parce que la condamnation par lui encourue ne suppose en aucune façon qu'il ait réalisé ou pu réaliser un profit. Ces actions dérivent de faits que les Romains qualifient délits, mais elles ne doivent pas pour cela être confondues avec les actions mixtes ; car elles ne sont pas pour partie pénales et pour partie *rei persequendæ gratia :* elles sont ou peuvent être entièrement pénales du côté du défendeur et ne le sont pas du tout du côté du demandeur. D'où nous pouvons conclure, et les textes justifieront cette conclusion, qu'on a dû leur appliquer, par une combinaison plus ou moins heureuse, quelques-unes des règles propres aux actions purement pénales et quelques-unes des règles faites pour les actions *rei persequendæ gratia*.

Le type des actions pénales *a parte rei tantum*, et la seule vraiment importante, est l'action *de dolo*. Que les Romains lui donnent pour origine un délit, je n'en veux qu'une preuve ; c'est qu'elle peut naître du fait d'un pupille *pubertati proximus* (L. 13 § 1, *De dol. mal.*, IV, 3); or, nous savons qu'un tel pupille est incapable de s'obliger seul, si ce n'est par ses délits (n° 665) (1). Le même caractère appartient évidemment à toutes les actions *in factum* dont la fonction est de suppléer à l'action *de dolo* et qui ne sont point limitées à l'enrichissement du défendeur (n° 843). Sont aussi pénales *a parte rei tantum* un certain nombre d'actions qui toutes dérivent d'un dol, qui, par conséquent, ou précédèrent l'action *de dolo*, ou furent créées pour en rétrécir le do-

43 § 1, *De reg. jur.*, même intérêt, mais même fait. Tel est aussi le sens qu'Ulpien donne aux mots *eadem pecunia* dans la loi 60, *De obl. et act.*

(1) Dans le même sens, on notera le langage de la loi 9, *De dolo malo* (IV, 3).

maine. Comme exemples, je citerai celle qui résulte d'une aliénation faite *judicii mutandi causa* (T. II, p. 974, note 2), celle qui compète contre l'envoyé en possession coupable d'avoir frauduleusement diminué le patrimoine du débiteur (L. 9 pr., *De reb. auct. jud.*, XLII, 5), enfin, celle dont un faux tuteur est tenu, lorsque, par une autorisation donnée sans droit, il a sciemment trompé le tiers qui contractait avec un pupille (L. 7 pr., *Quod fals. tut. auct.*, XXVII, 6).

Reste à préciser les règles que les Romains appliquent à ces actions. Pour cela, attachons-nous d'abord à l'action *de dolo*, et reprenons les divers points de vue où nous nous sommes placés pour comparer les actions *rei persequendæ gratia* et les actions *ex delicto* : 1° l'action *de dolo*, nous l'avons déjà vu, meurt avec l'auteur du dol, et l'héritier n'est tenu qu'à raison et dans la mesure de son profit (n[os] 841-843). En appliquant ici une règle qui n'avait été faite que pour les actions pénales *ab utraque parte* et qui, ainsi restreinte, était fort sage, la législation romaine blesse l'équité : car à tout moment la mort inattendue du délinquant peut rendre la perte du demandeur définitive, et pourtant celui-ci, peut-être, n'a pas encore eu le temps d'agir ou n'est pas même informé du dol. Pourquoi donc le sacrifier à des héritiers qui auraient toute liberté de répudier une hérédité appauvrie par le délit du défunt? Considérons, en outre, et ceci va nous conduire à une seconde critique, que dans les cas où le dol se rattache à un contrat de bonne foi, l'action qui le sanctionne se transmet sans difficulté contre les héritiers, qu'en d'autres termes il engendre alors une obligation réputée contractuelle (L. 8 § 1, *De fid. et nom.*, XXVII, 7. — L. 152 § 3; L. 157 § 2, *De reg. jur.*). Le dol change donc de nature selon les circonstances : tantôt il est délit, tantôt il ne l'est pas, et c'est précisément lorsqu'il est délit que la sanction en est le moins assurée (1); 2° quand l'action *de dolo* a son origine dans le fait d'une personne *alieni juris*, le père de famille n'est tenu que *noxaliter* (L. 9 § 4, *De dol. mal.*). Si cette décision méconnaît les légitimes intérêts du demandeur, du moins s'explique-t-elle par la nécessité de protéger ceux du père de famille, elle est la conséquence presque forcée et par cela même la condamnation de l'organisation des puissances domestiques. Mais, comme la précédente, elle aboutit à une incohérence toutes les fois que le dol de la personne *alieni juris* se rattache à un contrat de

(1) Paul relève discrètement cette bizarrerie en faisant remarquer que le dol considéré en lui-même est toujours un délit (L. 49, *De obl. et act.*), et ce point de vue a des conséquences juridiques (L. 9 § 2, *De min.*, IV, 4).

bonne foi; car alors il n'est plus réputé délit, et le maître est tenu *de peculio*, c'est-à-dire beaucoup plus sévèrement (L. 49, *De obl. et act.*, XLIV, 7); 3° lorsque l'action *de dolo* résulte du fait de plusieurs personnes, chacune peut bien être poursuivie *in solidum*; mais un seul payement les libère toutes (L. 17 pr., *De dol. mal.*). Ici donc l'action *de dolo* est traitée comme *rei persequendæ gratia*, et cela devait être, étant donné qu'elle a pour unique fin la réparation d'un dommage; 4° enfin, en ce qui concerne la question du concours des actions, elle n'existe pas en notre matière (1), puisque l'action *de dolo* est essentiellement subsidiaire et qu'une action même pénale suffit à l'exclure (n° 839).

Quant aux autres actions pénales *a parte rei tantum*, trois points me paraissent absolument certains. Elles ne passent point contre les héritiers du délinquant, qui ne doivent compte que de leur profit; elles se donnent *noxaliter*, et un seul payement libère tous ceux qui en sont tenus à raison d'un même fait (L. 4 § 6; LL. 5, 6 et 7, *De alien. jud. mut. caus.*, IV, 7. — L. 7 §§ 2 et 4; L. 1, *Quod fals. tut. auct.* — L. 9 § 8; LL. 10 et 11, *De reb. auct. jud.*, XLII, 5). Mais peuvent-elles se cumuler avec une autre action? La question évidemment ne s'élève pas à l'égard des actions *in factum* données à la place de l'action *de dolo*. Quant aux autres, leur but même suffit à démontrer que tout au moins elles ne se cumulent avec aucune action *rei persequendæ gratia*.

III. — SUBDIVISION DES ACTIONS PÉNALES ET MIXTES EN ACTIONS PRIVÉES ET POPULAIRES.

858. La plupart des délits ne blessent directement que des intérêts privés, et par conséquent les actions qui en résultent, pénales ou mixtes, ont elles-mêmes, comme les actions *rei persequendæ gratia*, un caractère privé : elle ne compètent donc qu'à la personne lésée, elles sont un bien qui lui est propre. Mais il y a quelques délits qui, alors même qu'ils atteignent plus particulièrement tel ou tel individu, sont réputés affecter la société tout entière. Aussi, afin d'en mieux assurer la répression, on les sanctionne par des actions ouvertes à

(1) Par exception nous avons vu l'action *de dolo* résulter des faits qui donnent lieu à l'action *quod metus causa* (n° 840). Mais le cumul n'est point admis, parce qu'en réalité il n'y a pas alors deux délits, mais un délit unique prévu sous deux noms différents.

tout le monde, et que pour cela on appelle *populares* (L. 1, *De pop. act.*, XLVII, 23). Telles sont notamment les actions *de sepulcro violato* (n° 192 *in fine*), *de albo corrupto* (T. II, p. 1085, note 2), *de eo quod positum aut suspensum est* (T. II, p. 682) (1).

Ces actions se caractérisent par les deux traits suivants : d'abord, comme je l'ai déjà dit, c'est une règle générale, sinon absolue, que toute personne peut les exercer (2), d'où il résulte que toute personne aussi peut les éteindre, et cela non seulement par la *deductio in judicium*, mais encore par un serment déféré de bonne foi (L. 30 § 3, *De jurej.*, XII, 2) (3). En second lieu, et par cela même que le premier venu les intente valablement, elles ne comptent dans le patrimoine de personne tant que la *litis contestatio* ne les a pas fait sortir du domaine de tous pour les approprier à un demandeur déterminé ; jusque-là il y a bien un débiteur, mais il n'y pas de créancier (L. 32 pr., *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2. — L. 7 § 1, *De pop. act.* — L. 12 pr., *De verb. sign.*, L, 16). Ce principe engendre plusieurs conséquences : 1° nul ne transmet une action populaire à ses héritiers (L. 10, *De sep. viol.*; L. 7 pr., *De pop. act.*) ; 2° nul ne peut la cautionner (L. 56 § 3, *De fid.*, XLVI, 1) ; 3° nul ne peut l'intenter par procureur, ni par conséquent, la céder (L. 5, *De pop. act.*) (4) ; 4° enfin l'exercice en est interdit aux personnes incapables de plaider pour autrui, par exemple aux femmes (L. 6, *De pop. act.*).

Du reste, toutes ces actions, étant fondées sur l'idée d'une vengeance qui s'exerce au nom de la société injuriée, s'éteignent par le bref délai d'un an (L. 8, *De pop. act.*).

(1) Parfois une action qui n'est pas née populaire le devient après coup (L. 5 § 5, *De his qui effud.*, IX, 3).

(2) Cependant, lorsque plusieurs personnes se présentent à la fois, la préférence appartient naturellement à celle qui peut justifier d'un intérêt personnel, et si aucune ne le peut, c'est le préteur qui choisit (L. 2 ; L. 3 pr., *De pop. act.*).

(3) Ce texte emploie l'expression *actio publica* comme synonyme d'*actio popularis*. Mais l'action populaire ne ressemble à la véritable action publique qu'en ce qu'elle est accordée à tout le monde : elle en diffère, comme de toutes les actions criminelles, par sa procédure, qui est celle des actions privées, et par son résultat, qui consiste en une condamnation prononcée au profit du demandeur.

(4) Cette règle, et je pense qu'il en est de même de la suivante, fléchit en faveur de ceux qu'un intérêt personnel autorise à agir de préférence à tous autres (L. 42 pr., *De proc.*, III, 3). Ici, en effet, il n'est plus absolument vrai de dire que l'action ne compte dans les biens de personne.

IV. — DISTINCTION DES ACTIONS AU SIMPLE, AU DOUBLE, AU TRIPLE OU AU QUADRUPLE.

Lib. IV, tit. VI, *De actionibus*, § 21. — Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum, ulterius autem nulla actio extenditur.

Toutes les actions se donnent au simple, au double, au triple ou au quadruple, mais aucune ne va au delà.

§ 22. — In simplum agitur : veluti ex stipulatione, ex mutuo, ex empto vendito, locato conducto, mandato, et denique ex aliis compluribus causis.

On agit au simple, par exemple, en vertu d'une stipulation, d'un *mutuum*, d'une vente, d'un louage, d'un mandat, et en un mot, dans une multitude de cas.

§ 23. — In duplum agimus : veluti furti nec manifesti, damni, injuriæ ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam casibus ; item servi corrupti, quæ competit in eum cujus hortatu consiliove servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est aut luxuriose vivere cœperit, aut denique quolibet modo deterior factus sit : in qua actione etiam earum rerum quas fugiendo servus abstulit, æstimatio deducitur. Item ex legato quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea quæ supra diximus.

Nous demandons le double, par exemple, dans l'action *furti nec manifesti*, dans celle de la loi Aquilia et parfois dans celle de dépôt. Telle est aussi l'action *servi corrupti* donnée contre celui dont les exhortations et les conseils ont poussé l'esclave d'autrui à s'enfuir, à se révolter contre son maître, à mener une vie déréglée, en un mot l'ont rendu pire. Dans cette action, l'on tient compte de la valeur des choses que l'esclave a volées en s'enfuyant. Telle est encore, ainsi que nous l'avons dit précédemment, l'action fondée sur un legs laissé à des lieux vénérables.

§ 24. — Tripli vero, quum quidam majorem veræ æstimationis (1) quantitatem in libello conventionis inseruit, ut ex hac causa viatores, id est, exsecutores litium, ampliorem summam sportularum nomine exegerint : tunc enim id quod propter eorum causam damnum passus

L'action est au triple lorsque, dans la requête à fin de poursuite, le demandeur a exagéré le montant de la demande, de telle sorte que le *viator* ou exécuteur des jugements reçoive, à titre de salaire, une somme plus forte. Alors, en effet, le défendeur doit obtenir du demandeur le

(1) On remarquera cet hellénisme. Quand Justinien innove, la forme s'en ressent presque toujours.

fuerit reus, in triplum ab actore consequetur, ut in hoc triplo et simplum, in quo damnum passus est, connumeretur. Quod nostra constitutio induxit, quæ in nostro codice fulget, ex qua dubio procul est ex lege condictitiam emanare.

triple du dommage ainsi causé ; mais dans ce triple est compris le simple, c'est-à-dire le montant du dommage lui-même. Ainsi avons-nous décidé par une constitution qui brille dans notre code, et d'où, sans aucun doute, dérive une *condictio ex lege.*

§ 25. — Quadrupli, veluti furti manifesti; item de eo quod metus causa factum sit, deque ea pecunia quæ in hoc data sit, ut is cui datur calumniæ causa negotium alicui faceret, vel non faceret. Item ex lege condictitia nostra constitutione oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis exsecutoribus litium qui contra constitutionis normam a reis quidquam exegerint.

Sont au quadruple, par exemple, les actions *furti manifesti* et *quod metus causa*, et celle qui résulte de ce que l'on a donné de l'argent à un tiers, soit pour faire un procès à quelqu'un, soit pour ne pas en faire. De même une *condictio ex lege,* créée par notre constitution, prononce une condamnation au quadruple contre l'exécuteur des sentences qui a exigé d'un défendeur plus que ne le permet notre constitution.

§ 26. — Sed furti quidem nec manifesti actio, et servi corrupti, a ceteris de quibus simul locuti sumus eo differunt, quod hæ actiones omnimodo dupli sunt : at illæ, id est, damni injuriæ ex lege Aquilia et interdum depositi, infitiatione duplicantur, in confitentem autem in simplum dantur. Sed illa quæ de iis competit quæ relicta venerabilibus locis sunt, non solum infitiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionem usquequo jussu magistratuum nostrorum conveniatur; in confitentem vero, et antequam jussu magistratuum conveniatur solventem, simpli redditur.

Mais les actions *furti nec manifesti* et *servi corrupti* sont toujours au double, et en cela elles diffèrent des autres dont nous avons parlé; en effet, si le doublement est admis dans l'action *legis Aquiliæ,* et parfois dans l'action *depositi,* c'est seulement lorsque le défendeur nie; si au contraire il avoue, ces actions ne sont données qu'au simple. Quant à celle qui compète au sujet des dispositions laissées en faveur des lieux vénérables, ce n'est pas seulement en cas de dénégation qu'elle a pour objet le double, mais aussi lorsque le défendeur qui n'a pas payé est poursuivi sur l'ordre de nos magistrats; que s'il avoue et paye avant toute poursuite, son obligation n'excède pas le simple.

§ 27. — Item actio de eo quod metus causa factum sit, a ceteris de quibus simul locuti sumus eo dif-

Pareillement, l'action *quod metus causa* diffère des autres dont nous avons déjà parlé en ce qu'il est de

fert, quod ejus natura tacite continetur, ut qui judicis jussu ipsam rem actori restituat, absolvatur. Quod in ceteris casibus non ita est, sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur : quod est et in furti manifesti actione.

sa nature, et il va de soi que le défendeur soit absous, si sur l'ordre du juge il restitue la chose elle-même au demandeur. Dans les autres cas, il n'y a rien de pareil, mais la condamnation est toujours du quadruple, ainsi que cela a lieu dans l'action *furti manifesti*.

859. Étant donné une quantité que l'on appelle *simplum*, l'action est dite au simple, au double, au triple ou au quadruple, selon que la condamnation doit avoir pour objet cette quantité multipliée par un, par deux, par trois ou par quatre (1). Mais cette définition ne saurait se suffire à elle-même; car qu'est-ce que le *simplum*? Elle ne nous le dit pas, elle le suppose connu, et malheureusement c'est une notion qu'il est impossible de ramener à une formule générale. Soit, en effet, que nous envisagions les éléments qui constituent le *simplum* ou l'autorité qui le détermine, nous ne trouvons pas de règle absolue. D'une part, je reconnais volontiers qu'il se confond presque toujours avec le *quod interest*, mais nous savons que parfois il a pour objet la valeur exacte de la chose demandée (n° 763), et il y a certains cas, les actions populaires nous en fournissent des exemples, où on ne peut lui donner qu'une base arbitraire, parce que le demandeur n'a pas d'intérêt appréciable en argent. D'autre part, je le reconnais aussi, c'est presque toujours au juge qu'appartient la détermination du *simplum;* cependant il y a quelques cas où la loi le fixe elle-même (Gaius, IV, § 46. — Inst., § 1, *De obl. quæ quasi ex del.*, IV, 5), et il y en a de bien plus nombreux où ce soin est abandonné au demandeur (n°s 763, 808).

Le lien qui rattache cette classification à celle des actions *rei persequendæ gratia*, pénales ou mixtes, est facile à saisir. En effet, par cela même qu'une action excède le simple, elle est forcément pénale ou mixte. Mais ne concluons pas de là que les actions *in simplum* aient pour objet unique et nécessaire la *rei persecutio*. Si tel est le cas le plus fréquent, les exemples en sens contraire ne manquent

(1) Dans la procédure formulaire, la *condemnatio* exprime toujours le chiffre par lequel il faut multiplier le *simplum*. Quant au *simplum* lui-même, c'est dans l'*intentio* qu'il est indiqué lorsqu'elle est conçue *in jus ;* sinon, c'est dans la *condemnatio* (Gaius, IV, §§ 46 et 47).

pas, comme le prouvent notamment les actions *injuriarum*, *de sepulcro violato*, *de albo corrupto*.

Sur les actions *in simplum*, je me bornerai à faire remarquer qu'elles forment la classe de beaucoup la plus nombreuse et que notamment elles comprennent toutes celles qui se renferment dans la *persecutio rei* (§ 22, *sup.*).

Quant aux actions *in duplum*, il y en a de deux sortes (§ 26 *sup.*). Les unes sont telles par leur nature, c'est-à-dire qu'il ne dépend pas du défendeur poursuivi de se soustraire à la peine du double. Nous en avons déjà rencontré plusieurs exemples qu'il me suffira de rappeler; ce sont les actions *furti nec manifesti* (n°s 668 et 672), *de tigno juncto* (n° 256), *servi corrupti* (T. II, p. 623, note 4; p. 1106, note 3), *arborum furtim cæsarum* (n° 666 *in fine*), et dans le droit ancien la *revocatio in duplum* (n° 778) (1). Les autres, au contraire, ne sont données au double qu'autant que le défendeur conteste le fait allégué ; il dépend donc de lui de n'être pas condamné au delà du simple, et ce que l'on punit du double, ce n'est pas le fait d'où dérive l'action, mais la négation de ce fait (*infitiatio*). Cette catégorie d'actions mérite une attention particulière, et j'y insisterai tout à l'heure.

Les actions *in triplum* sont peu nombreuses. Pour l'ancien droit, on peut citer les actions *furti concepti* et *furti oblati* (n° 668), et pour le droit de Justinien, la *condictio ex lege* par laquelle ce prince remplaça la déchéance jadis attachée à la *plus petitio re, loco*, ou *causa* (§ 24 *sup.* — n° 864).

Parmi les actions *in quadruplum*, il y en a une qu'il faut séparer de toutes les autres, c'est l'action *quod metus causa*. Nous avons vu, en effet, qu'elle est arbitraire, et qu'en conséquence le défendeur qui exécute la restitution ordonnée par le juge échappe à toute peine (§ 27 *sup.* — n° 848). Quant aux autres actions comprises dans cette classe, la condamnation au quadruple y est inévitable. Telles furent, dans le droit ancien, les actions *furti prohibiti* et *furti non exhibiti*, et telles sont encore, sous Justinien, les actions *furti manifesti* et *v bonorum*

(1) Il y a d'autres actions *in duplum* du même genre (L. 1 pr., *De publ.*, XXXIX, 4 — L. 2 § 22, C., *De vet. jur. enucl.*, I, 17. — L. 22 § 10, C., *De jur. del.*, VI, 30). Mais on évitera de compter pour telle l'action *ex stipulatu duplæ*, qui est certainement *in simplum*. En effet, la somme qui fait l'objet de la *stipulatio duplæ* est réputée représenter l'intérêt du vendeur, et elle n'est pas doublée dans la condamnation (T. II, page 1100, note 1).

raptorum, toutes suffisamment connues pour que je me dispense d'y revenir (nos 668, 672, 674). Deux autres exemples nous sont donnés aux Institutes (§ 25 *sup.*). C'est d'abord une *condictio ex lege* à laquelle Justinien soumet l'*exsecutor litium* (huissier) qui aurait exigé un salaire (*sportulæ*) supérieur au taux fixé par la loi (1). C'est, en second lieu, une action *de calumnia*, déjà connue du droit classique, et qui s'exerce dans deux cas bien distincts. Le premier est celui où je paye Titius pour vous faire un procès civil ou criminel ; le second est celui où je vous paye pour éviter que vous ne me fassiez à moi-même un tel procès (2). Dans le premier, c'est envers Titius que vous êtes tenu ; dans le second, c'est envers moi-même. Dans l'un et l'autre, au surplus, l'action devient *in simplum*, soit après l'année, soit par la mort du créancier originaire (L. 1 pr. et § 1 L. 3 § 3 ; L. 4, *De calumn.*, III, 6) (3).

J'ajoute que dans le droit de Justinien aucune action ne se donne au delà du quadruple (§ 22 *sup.*), et, selon toute vraisemblance c'était là une tradition ancienne (4).

860. Revenons maintenant sur les actions *quæ infitiatione duplantur*. En réunissant les textes de Gaius (IV, §§ 9 et 171), de Paul (I, 19 §§ 1 ; II, 17 §§ 4) et des Institutes (§§ 17, 19, 23 et 26, *De act.* ; § 1, *de pœn. tem. lit.*, IV, 16), nous en trouvons six, dont cinq nous sont déjà connues : ce sont les actions *judicati* (no 780), *depensi* (no 570), *legati certi per damnationem* (nos 441 et 659), *legis Aquiliæ* (no 679) et *depositi miserabilis* (no 598). La sixième est donnée contre le vendeur qui a trompé l'acheteur sur la contenance du fonds vendu : ce qu'on double dans cette hypothèse, c'est la valeur de la contenance

(1) Dans le droit de Justinien ce salaire est d'un demi-solide pour les demandes qui ne dépassent pas cent solides. Pour les demandes plus importantes, il augmente dans une proportion que nous ne connaissons pas (L. 5, C., *De sport.*, III, 2).

(2) Ce second cas ne doit pas être confondu avec celui d'une transaction sérieuse et licite. Ici l'action *de calumnia* n'a plus de raison d'être et n'est pas admise (L. 1 § 3 ; L. 3 § 2, *De calumn.*).

(3) Je citerai encore deux actions *in quadruplum*. L'une, déjà mentionnée (no 401), avait été créée par la loi *Furia testamentaria* et disparut avec elle. L'autre était donnée contre le créancier qui avait perçu des intérêts usuraires. Créée sans doute par les Douze Tables, mentionnée dans un fragment de Caton l'Ancien (prooem., *De re rust.*) et par le faux Asconius (*Divin. in. Cæc.*, 7), puis peut-être tombée en désuétude, elle fut rétablie par les empereurs Théodose I, Valentinien et Arcadius (L. 2, C. Th., *De usur.*, II, 33). Mais on ne la retrouve pas dans la compilation de Justinien.

(4) Cependant une action *in octuplum* figurait dans l'édit de Verrès. Mais si nous en croyons Cicéron, elle ne fut pas prise au sérieux, et personne ne l'exerça (*In Verr.* 2*a actio*, III, 10 à 12).

qui manque. Cette dernière action, ainsi que l'action *depensi*, ne se retrouve pas dans le droit de Justinien ; mais les quatre autres subsistent, et l'*infitiatio* y conserve son effet, bien que les Institutes aient négligé de mentionner ici l'action *judicati* (1).

A ces actions se rattachent deux règles particulières que j'ai déjà eu l'occasion de signaler (n° 659. — T. II, p. 605, note 1) : 1° le payement fait par erreur en vertu d'une cause telle que, s'il y avait procès, *l'infitiatio* emporterait condamnation au double, ne donne point lieu à la *condictio indebiti;* 2° sur de telles causes on ne transige pas valablement, mais la somme payée par le défendeur diminue le montant de sa dette (L. 7 §§ 1 et 2, *De trans.*, II, 15). Cette seconde règle n'ayant été reproduite nulle part dans la compilation de Justinien, on peut croire avec vraisemblance que la désuétude l'avait abrogée. Une seule chose en resta, savoir l'impossibilité de transiger sur un jugement dont l'existence et la validité n'étaient point douteuses et qui ne pouvait être attaqué (L. 1 pr.; L. 11, *De trans.* — L. 23 § 1, *De cond. ind.*, XII, 6. — L. 32, C., *De trans.*, II, 4).

Quel est le moment précis où *l'infitiatio* produit son effet? Est-ce celui de la sentence, ou celui de la *litis contestatio?* Les textes à cet égard ne s'expliquent pas. Mais la seconde opinion, quoique plus rigoureuse, me paraît la vraie. D'abord elle est conforme à l'esprit général de la procédure romaine, qui est de fixer définitivement la situation respective des parties dès le jour où l'instance s'engage (2). De plus, elle trouve un appui dans la façon même dont s'expriment les Institutes (§ 26 *sup.*) : ces actions, dit en effet Justinien, *se donnent* au simple contre celui qui avoue. Qu'est-ce que cela signifie, sinon qu'au moment même de leur délivrance on sait quelle sera la mesure de la condamnation?

Le doublement qui résulte de *l'infitiatio* n'est qu'une des peines par lesquelles on cherche à prévenir la résistance du défendeur à une demande bien fondée. Mais pourquoi cette peine est-elle spéciale à certaines actions? Deux explications bien distinctes doivent être données.

(1) Beaucoup de textes insérés dans la compilation de Justinien prouvent que l'action *judicati* n'a pas changé de caractère. J'en ai déjà cité plusieurs (T. II, p. 604, note 3), et il y en a d'autres (L. 29 § 5, *Mand.*, XVII, 1. — L. 25 § 1, *Quæ in fraud.*, XLII, 8. — L. 1, C., *De Cond. ind.*, IV, 5).

(2) Notre hypothèse est analogue à celle de l'individu *qui se liti offert* (T. II, page 974). Lui aussi commet un mensonge, et à partir de la *litis contestatio* il ne peut plus le réparer. (Voir également L. 26 § 5, *De nox. act.*, IX, 4).

Si d'abord nous envisageons l'action *judicati*, la pensée absolument évidente des Romains fut d'assurer le respect dû aux condamnations judiciaires (L. 29 § 5, *Mand.*, XVII, 1). C'est pourquoi ils punirent si sévèrement le condamné qui, afin d'échapper un certain temps à l'exécution de la sentence, s'avisait de la nier. Ceci admis, si la même peine fut appliquée dans les actions *legati certi*, *legis Aquiliæ*, et *depensi*, c'est que le formalisme ancien crut trouver un principe d'assimilation entre ces actions et l'action *judicati*. Ce principe n'est autre, pour l'action *legis Aquiliæ*, que le texte même de la loi Aquilia (L. 2 pr.; L. 27 § 5, *Ad. leg. Aqu.*, IX, 2), et pour l'action *legati*, que l'antique et primitive formule du legs *per damnationem*. En effet, les dispositions de la loi Aquilia étaient conçues dans la forme d'une condamnation prononcée contre le délinquant (*qui occiderit*, etc., *si quis alteri damnum faxit... dare damnas esto*), et le legs *per damnationem* ressemble à une condamnation prononcée par le testateur contre son héritier (*heres meus dare damnas esto*) (1). Quant à l'action *depensi*, les textes nous manquent et le motif pour lequel on l'assimila à l'action *judicati* nous échappe; mais sur le fait même de l'assimilation, il n'y a pas de doute possible, si l'on considère que dans la procédure primitive le *depensum* donnait lieu à une *manus injectio pro judicato*, que dans la procédure formulaire l'action *depensi*, comme l'action *judicati*, est de celles où la *cautio judicatum solvi* est due par tout défendeur, et que ce sont les deux seules où le *vadimonium* ait pour objet une somme égale à l'intérêt litigieux (Gaius, IV, §§ 22, 25, 102, 186).

L'explication qui précède ne convient certainement ni à l'action *depositi miserabilis* ni à celle dont le vendeur est tenu pour avoir exagéré la contenance du fonds vendu. Ici nous n'avons que les restes d'une règle générale que Cicéron (*De off.*, III, 16) rapporte en ces termes : *ex duodecim tabulis, quæ lingua essent nuncupata, qui infitiatus erat pænam dupli subibat*. La portée exacte de cette règle peut être difficile à préciser. Mais si l'on n'oublie pas que *nuncupare* équivaut à *palam nominare* (Gaius, II, § 104), elle signifie tout au moins qu'une déclaration solennelle faite devant des tiers ne peut être niée sans donner lieu à une action *in duplum*. Appliquons cela au dépôt et à la vente. On sait que longtemps la forme vulgaire du dépôt consista en une mancipation ou une *in jure cessio* accompagnée

(1) Sur l'assimilation du legs au *judicatum*, voir T. II. p. 722, note 3.

d'un contrat de fiducie. La peine du double était donc une conséquence régulière de la négation du dépôt, et si, dans le dernier état du droit, cela n'est plus vrai que du *depositum miserabile*, c'est que la règle était devenue l'exception (T. II, p. 435, note 2). Quant à la vente, sans doute le consentement suffisait à la parfaire; mais puisqu'il s'agit ici d'une terre, le vendeur devait la manciper ou la céder *in jure* pour se libérer. Or, supposons qu'il eût déclaré dix arpents dans le contrat, la même déclaration devait être reproduite dans les solennités de la mancipation ou de l'*in jure cessio*. Si donc il ne livrait que huit arpents et prétendait n'en avoir pas vendu davantage, la peine du double était encore la conséquence régulière de cette négation.

CLASSIFICATION DES ACTIONS D'APRÈS L'ÉTENDUE DES POUVOIRS CONFÉRÉS AU JUGE : ACTIONS *CERTÆ* OU *INCERTÆ*, ARBITRAIRES OU NON ARBITRAIRES, *STRICTI JURIS* OU *BONÆ FIDEI*.

ACTIONS *CERTÆ* OU *INCERTÆ*,

SOMMAIRE : I. Sens et intérêt pratique de cette distinction. *Plus petitio* et *minus petitio*. — II Examen des diverses erreurs qui peuvent être commises dans la formule.

I. — SENS ET INTÉRÊT PRATIQUE DE CETTE DISTINCTION. *Plus petitio* et *minus petitio*.

Lib. IV, tit. VI, *De actionibus*, § 33. — Si quis agens in intentione sua plus complexus fuerit quam ad eum pertineret, causa cadebat, id est, rem amittebat; nec facile in integrum a prætore restituebatur, nisi minor erat viginti quinque annis : huic enim, sicut in aliis causis causa cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat, ita et in hac causa succurri solitum erat. Sane, si tam magna causa justi erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam

Si le demandeur comprenait dans son *intentio* quelque chose de plus que son droit, il était déchu, c'est-à-dire qu'il perdait son droit, et le préteur ne lui accordait pas facilement la *restitutio in integrum*, à moins qu'il ne fût mineur de vingt-cinq ans. Dans ce cas, en effet, l'usage était de le restituer après examen, comme on le faisait pour tous ceux que leur jeunesse avait égarés. Toutefois lorsque l'erreur était légitime et fondée sur une cause tellement grave qu'elle eût

majori viginti quinque annis succurrebatur; *veluti si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint* codicilli quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint, quæ efficiebant ut plus petiisse videretur petitor quam dodrantem, atque ideo lege Falcidia legata minuebantur.

fait succomber l'homme le plus ferme, le *majeur de vingt-cinq* ans lui-même obtenait ce secours, par exemple s'il avait demandé la totalité d'un legs, et que plus tard on produisît des codicilles qui lui en enlevaient une partie ou qui contenaient des legs adressés à d'autres personnes, de telle sorte que la réduction ayant lieu d'après la loi Falcidia, la demande dépassât les trois quarts

Plus autem quatuor modis petitur : re, tempore, loco, causa.

Il y a quatre manières de demander trop : savoir *re*, *tempore*, *loco*, *causa*.

Re, *veluti si quis, pro* decem aureis qui ei debebantur, viginti petierit; aut si is, cujus ex parte res est, totam eam vel majore ex parte suam esse intenderit.

Il y a *plus petitio re*, si par exemple au lieu de dix qui étaient dus on demande vingt, ou si le copropriétaire d'une chose la prétend sienne pour le tout ou pour une part supérieure à sa part réelle.

Tempore, veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit : qua ratione enim qui tardius solvit quam solvere deberet, minus solvere intelligitur, eadem ratione qui præmature petit, plus petere videtur.

Il y a *plus petitio tempore*, lorsque l'on agit avant l'arrivée du terme ou de la condition. De même, en effet, que payer trop tard c'est payer moins, de même demander trop tôt c'est demander plus.

Loco plus petitur, veluti quum quis id quod certo loco sibi stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci in quo sibi dari stipulatus fuerit ; verbi gratia, si is qui ita stipulatus fuerit : *Ephesi dare spondes?* Romæ pure intendat sibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem quam habuit promissor si Ephesi solveret, adimit ei *pura intentione*. Propter quam causa malio loco petenti arbitraria actio proponitur, in qua scilicet ratio habetur utilitatis quæ promissori competitura fuisset, si illo loco solveret : quæ utilitas plerumque in mer-

Il y a *plus petitio loco*, lorsqu'une chose ayant été stipulée payable en un lieu déterminé, le créancier la demande sans mentionner le lieu où elle doit être donnée d'après la stipulation ; par exemple s'il a stipulé en ces termes : *Promettez-vous de me donner à Éphèse?* et qu'agissant à Rome il allègue simplement une obligation de donner. Si, dans cette hypothèse, il est *réputé demander* trop, c'est que par son *intentio* pure et simple il enlève au promettant l'avantage de payer à Éphèse. C'est pourquoi l'on a établi, au profit de celui qui veut poursuivre dans un

cibus maxima invenitur, veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones diversa habent pretia; sed et pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus sub iisdem usuris fœnerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est, eo loco petat quo ut sibi detur stipulatus est, pura actione recte agit; idque etiam prætor monstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissor.

Huic autem qui loco plus petere intelligitur, proximus est is qui causa plus petit; ut ecce, si quis ita a te stipuletur : *hominem Stichum aut decem aureos dare spondes?* deinde alterutrum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam na hominem solvere malit; qui igitur pecuniam tantum, vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario, et eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii vero sui deteriorem. Qua de causa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est, ut eodem modo peteret quo stipulatus est. Præterea, si quis generaliter hominem stipulatus est, et specialiter Stichum petat, aut generaliter vinum stipulatus, specialiter Campa-

autre lieu, une action arbitraire où l'on tient compte de l'intérêt que le promettant pouvait avoir à payer au lieu convenu. Cet intérêt est très souvent considérable, quand il s'agit de marchandises, telles que vin, huile, froment, dont les prix diffèrent selon les pays. L'argent monnayé lui-même ne se place pas partout au même intérêt. Cependant celui qui agit à Éphèse, c'est-à-dire à l'endroit même où le payement doit être fait d'après la stipulation, forme régulièrement une demande pure et simple, ainsi que l'indique le préteur lui-même, car alors le promettant qui paye n'est pas lésé.

A la *plus petitio loco* ressemble beaucoup la *plus petitio causa* : par exemple quelqu'un qui a stipulé en ces termes : *promettez-vous de me donner Stichus ou dix sous d'or*, vient ensuite demander déterminément l'une des deux choses, soit Stichus, soit dix sous d'or. Il y a alors *plus petitio*, parce que d'après une telle stipulation, c'est au promettant de voir ce qu'il préfère payer, de l'argent ou de l'esclave; or soutenir que la dette a pour objet exclusif soit l'argent, soit l'esclave, c'est ôter le choix à son adversaire, c'est donc rendre sa propre condition meilleure et empirer celle de l'adversaire. Aussi l'action proposée pour ce cas porte-t-elle que le défendeur doit donner ou Stichus ou dix sous d'or, c'est-à-dire que la demande est conçue dans des termes identiques à ceux de la stipulation. Pareillement, quand on a stipulé, d'une manière générale, un esclave,

num petat, aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat, plus petere intelligitur, quia electionem adversario tollit, *cui stipulationis jure liberum fuit* aliud solvere quam quod peteretur. Quin etiam, licet vilissimum sit quod quis petat, nihilominus plus petere intelligitur, quia sæpe accidit ut promissori facilius sit illud solvere quod majoris pretii sit.

du vin, ou de la pourpre, et qu'on demande spécialement Stichus, du vin de Campanie, ou de la pourpre de Tyr, on est réputé demander *trop, parce qu'on ôte le choix à son* adversaire qui, aux termes de la stipulation, pouvait payer autre chose que ce qui est demandé. Bien mieux, le créancier demandât-il la chose qui a le moins de valeur, il serait encore réputé demander trop, car souvent le débiteur a plus de facilité à payer un objet d'un plus grand prix.

Sed hæc quidem antea in usu fuerant. Postea autem lex Zenoniana et nostra rem coercuit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum, quid statui oportet, Zenonis divæ memoriæ loquitur constitutio. Sin autem quantitate vel alio modo plus fuerit petitum, in omne, si quod forte damnum ex hac causa acciderit ei contra quem plus petitum fuerit, *commissa tripli condemnatione, sicut* supra diximus, puniatur (Gaius, IV, § 53).

Telles *étaient* les règles suivies dans le droit ancien, mais elles ont été corrigées par deux lois dont l'une appartient à Zénon et l'autre à nous. Pour le cas d'une *plus petitio tempore*, la règle à appliquer est contenue dans la constitution de non de divine mémoire. Quant à la *plus petitio quantitate* et aux deux autres, la peine du demandeur consistera, comme nous l'avons dit précédemment, en une condamnation égale au triple du préjudice qu'il a pu causer au défendeur.

§§ 34. — Si minus in intentione complexus fuerit actor quam ad eum pertineret, veluti si, quum ei decem deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit, aut si, quum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit; in reliquum enim nihilominus judex adversarium in eodem judicio condemnat, ex constitutione divæ memoriæ Zenonis.

Si l'*intentio* du demandeur ne comprend pas tout son droit, par exemple si, dix lui étant dus, il soutient que cinq doivent lui être donnés, ou si propriétaire de la totalité d'un fonds, il n'en demande que la moitié, il ne court aucun danger; car le juge doit néanmoins dans la même instance condamner le défendeur pour le surplus; ainsi le veut une constitution de Zénon de divine mémoire.

Lib. IV, tit. XIII, *De exceptionibus*, § 10, suite. — Hodie autem

Mais aujourd'hui nous ne voulons plus d'une telle rigueur, et nous

non ita stricte hæc procedere volumus; sed eum qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus est, Zenonianæ constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimus legislator de his qui tempore plus petierint, protulit, ut, si induciæ quas ipse actor sponte indulserit vel natura actionis continet, contempserit, in duplum habeant ii qui talem injuriam passi sunt; et post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint, ut actores tali pœnæ perterriti tempora litium doceantur observare (Gaius, IV, §§ 122).

décidons que celui qui ose agir avant le terme fixé par un pacte ou par le contrat encourt l'application de la constitution rendue par Zénon, cet auguste législateur, relativement à ceux qui commettent une *plus petitio tempore*. Si donc le demandeur a méconnu les délais que lui-même a spontanément accordés ou qui résultent du contrat, ces délais sont doublés en faveur de ceux dont il a violé le droit; et une fois qu'ils sont expirés, il ne peut agir qu'après avoir remboursé tous les frais du procès. La crainte d'une telle peine apprendra aux demandeurs à observer les délais.

861. Si d'abord nous nous renfermons dans le droit classique, la distinction des actions *certæ* ou *incertæ* nous apparaît étroitement liée à la rédaction de la formule. Nous avons vu, en effet, que toute *intentio* est *certa* ou *incerta* (n° 759); or telle est l'*intentio*, telle est aussi l'action.

Quant à l'intérêt pratique de cette distinction, le voici : où l'*intentio* est *incerta*, les conclusions du demandeur ne sauraient être ni supérieures ni inférieures à son droit (1); à ce point de vue la demande est forcément régulière, puisqu'elle a pour objet *quidquid paret dare facere oportere* (Gaius, IV, §§ 54). Lorsqu'au contraire l'*intentio* est *certa*, elle peut, en fait, comprendre trop ou trop peu; le demandeur est donc placé entre deux écueils, la *plus petitio* et la *minus petitio*. Le premier est de beaucoup le plus dangereux.

La *plus petitio* a pour conséquence la déchéance absolue du droit porté en justice (2), et cela veut dire non seulement que la demande

(1) Je ne m'occupe pas pour le moment du cas où le demandeur aurait fait précéder la formule d'une *præscriptio*. La demande se restreindrait alors à une partie du droit.

(2) *Causa cadere*, telle est l'expression technique par laquelle on désigne ce résultat (§ 33 *sup.* — Gaius, IV, § 68. — Paul, I, 10 ; II,5 § 3). Il importe de la retenir pour comprendre les textes qui l'emploient sans préciser l'hypothèse prévue (L. 95 § 11, *De sol.*, XLVI, 3).

actuelle n'aboutit à aucune condamnation, mais qu'une demande ultérieure fondée sur la même cause n'est plus recevable. Ces deux résultats sont faciles à expliquer. Supposons, par exemple, qu'ayant stipulé dix un créancier demande onze. La mission du juge, aux termes de la *condemnatio* combinée avec l'*intentio*, est de condamner à onze, s'il paraît que onze soient dus, sinon d'absoudre. Il y a là une alternative absolue. Donc ou la dette mentionnée dans l'*intentio* sera reconnue exister tout entière, et alors elle fera l'objet d'une condamnation, ou bien cette dette sera reconnue ne pas exister du tout ou n'exister que pour partie, et alors le juge sera forcé de prononcer l'absolution du défendeur (1). Voilà pourquoi la demande actuelle n'aboutit pas (2). Mais d'autre part, comme dix sont compris dans onze, l'exagération de cette demande n'a pas pu empêcher que le droit ne fût déduit *in judicium* et par conséquent ne s'éteignît, et c'est pour cela qu'il ne peut plus servir de base à une nouvelle action. En résumé donc, la déchéance encourue par le demandeur n'a pas dans le droit classique le caractère d'une peine; elle n'est qu'un résultat fatal et en quelque sorte mathématique du mécanisme de la procédure. Toutefois, comme la *plus petitio* implique d'ordinaire une étourderie assez grave, le demandeur ne peut pas, en principe, alléguer son erreur pour se faire restituer *in integrum;* il ne le peut ni avant ni après la clôture de l'instance. Cette sévérité ne fléchit qu'autant que l'erreur a été inévitable; par exemple, un legs de dix sous d'or étant déjà demandé, on découvre un codicille qui le diminue de moitié ou qui contient d'autres legs en tel nombre que le demandeur doit, contre son attente, subir la réduction de la loi Falcidia. De tels cas exceptés, il n'y a que le mineur de vingt-cinq ans qui puisse, aux termes du droit commun, se faire relever des conséquences de la *plus petitio* (§ 33 *sup.* — Gaius, IV, § 53).

La *minus petitio* n'emporte aucune déchéance. En effet, si celui

(1) On a vu précédemment (n. 759) que l'*intentio certa*, envisagée dans sa forme, ressemble à une condition. On voit ici que la ressemblance va beaucoup plus loin, puisque l'*intentio certa* est indivisible comme la condition, et que, n'étant pas vraie pour le tout, elle est réputée entièrement fausse. J'ai déjà fait une remarque semblable sur le *sacramentum* (n° 742).

(2) Supposons que le défendeur néglige de plaider le moyen tiré de la *plus petitio;* le juge doit néanmoins l'absoudre, par cela seul que le droit prouvé par le demandeur est inférieur au droit allégué dans l'*intentio*. Aussi une bonne méthode ne permet-elle pas de faire figurer la *plus petitio* parmi les moyens de défense proprement dits.

qui a stipulé dix ne demande que cinq, cette négligence n'empêche pas ses conclusions d'être exactes, et le surplus de son droit, n'ayant point été déduit *in judicium*, n'est pas épuisé. Donc sur sa demande actuelle il obtint cinq, et les cinq qui lui restent dus peuvent faire l'objet d'une action nouvelle. Toutefois cette action n'est recevable qu'après l'expiration des fonctions du préteur qui a délivré la première formule. Intentée plus tôt, elle serait repoussée par l'exception *litis dividuæ* sur laquelle je reviendrai plus loin (nº 898).

862. La *plus petitio* affecte quatre formes différentes (1). Elle a lieu *re* (2), *tempore*, *loco* ou *causa* (3). Les trois dernières formes ne se conçoivent que dans les actions personnelles, la première est possible même dans les actions réelles.

Plus petitio re. — Elle consiste à exagérer l'objet de son droit. Les Institutes citent deux exemples : celui d'un créancier qui demande vingt au lieu de dix, et celui d'un propriétaire par indivis qui revendique la totalité de la chose au lieu de sa part (§ 33 *sup.*) (4).

Plus petitio tempore. — Elle consiste à poursuivre le payement d'une créance dont le terme n'est pas encore échu (nº 526). De même, dit-on, que payer avant terme c'est payer plus qu'on ne doit, de même former une demande prématurée c'est demander plus qu'il n'est dû (§ 33 *sup.* — Inst., § 5, *De fid.*, III, 20). Au fond donc la *plus petitio tempore* déguise une *plus petitio re* (5). Du reste le terme dont nous parlons ici est seulement celui qui résulte du contrat lui-même et qui a pour but l'intérêt du débiteur. S'agit-il en effet d'un terme concédé après la naissance de l'obligation; la demande anticipée ne peut être repoussée qu'à l'aide d'une exception qui nécessairement doit être insérée dans la formule (Gaius, IV, § 122). S'agit-il d'un

(1) La *minus petitio* n'a qu'une forme : elle a toujours lieu *re*.

(2) Au lieu de *re*, Paul (I, 10) dit *summa*, expression moins large et moins exacte.

(3) Au lieu de *causa*, Paul (I, 10) dit *qualitate*.

(4) Voici deux autres exemples de *plus petitio* en matière réelle : 1º un usufruitier *ad certum tempus* revendique son droit sans indiquer le terme; 2º celui qui a une servitude *altius tollendi ad modum* agit sans mentionner le *modus* (*Fr. Vat.*, §§ 52 et 53).

(5) Cela est de toute évidence quand il s'agit d'une créance qui ne produit pas d'intérêts. Mais, même en dehors de ce cas, le payement anticipé pourrait imposer de lourds sacrifices au débiteur, par exemple l'obliger à contracter un emprunt sous des conditions onéreuses ou à consentir des ventes à vil prix. C'est donc toujours lui demander trop que de lui demander trop tôt. Polybe (XXXII, 13) constate l'extrême importance que les Romains attachaient à l'observation du terme.

terme conçu dans l'intérêt exclusif du créancier ; celui-ci, en le devançant, ne méconnaît en aucune façon le droit du débiteur.

La condition doit-elle, en notre matière, être assimilée au terme, et faut-il décider, en conséquence, que la demande formée *pendente conditione* emporte plus *petitio?* La question revient à rechercher si le droit conditionnel peut faire l'objet d'une *deductio in judicium*. Quant aux legs, la négative est certaine, puisque le légataire conditionnel n'est pas qualifié créancier (L. 42 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7). Toute la discussion porte donc sur les obligations entre-vifs. Or j'ai déjà dit (n° 537) que si le créancier qui agit *pendente conditione* n'obtient pas de condamnation, selon moi il ne déduit rien non plus *in judicium* et ne perd pas le droit d'agir après l'événement de la condition ; car jusque-là sa créance n'existe pas, elle se réduit à une espérance, et la *litis contestatio* ne peut éteindre que des droits déjà nés (L. 35, *De jud.*, V. 1). A ce raisonnement on oppose, il est vrai, l'effet rétroactif de la condition accomplie (1). L'obligation, dit-on, remonte alors au jour où elle a été contractée, elle est donc censée avoir existé avant la demande en justice, et elle n'a pu naître que pour être immédiatement réputée éteinte. Mais, outre qu'il est peu vraisemblable que les jurisconsultes aient fait intervenir ici la fiction de rétroactivité dans l'unique but d'étendre, au détriment de l'équité et du bon sens, l'application d'une règle arbitraire de procédure, je trouve en mon sens trois textes décisifs (2). En voici l'analyse : 1° Paul, supposant l'action *redhibitoria* intentée *pendente conditione venditionis*, la déclare sans effet, et ajoute qu'une fois la condition réalisée, une nouvelle demande sera admise (L. 43 §§ 9, *De æd. ed.*, XXI, 1) ; 2° Julien prévoit une hypothèse moins simple (L. 36, *De sol.*, XLVI, 3). Un homme meurt, sa veuve est enceinte

(1) Je rappelle que la condition apposée à un acte translatif de propriété ne rétroagit pas (T. II, page 298, note 3). Donc, voulût-on admettre que les actions personnelles intentées *pendente conditione* emportent *plus petitio*, la même doctrine ne saurait être étendue aux actions réelles. Je n'ai pas besoin d'ajouter que si la propriété a été transférée *ex tempore*, la demande faite *ante tempus* par l'acquéreur ne peut non plus avoir aucun effet ; car le déplacement de la propriété ne s'opère qu'à l'arrivée du terme, tandis que la créance *ex die* prend naissance dès le jour du contrat.

(2) On a fait figurer dans cette discussion un texte de Marcien (L. 13 § 5, *De pign. et hyp.*, XX, 1) qui peut fournir des arguments dans les deux sens. J'en ai déjà analysé les décisions (T. II, n° 823 ; page 1023, note 1), et je le laisse de côté parce que l'action hypothécaire à laquelle il se rapporte n'est pas organisée d'après les règles du droit commun. Je ne tiens pas non plus compte du texte des Institutes (§ 33 *sup.*) qui ne peut avoir autorité que pour le droit de Justinien.

et il laisse un fils déjà né. Dès à présent ce fils est investi de l'hérédité paternelle ; mais aura-il des cohéritiers, et quel en sera le nombre? Pour le savoir il faut attendre l'issue de la grossesse. Si donc le fils veut poursuivre tout de suite les débiteurs héréditaires, quelle part leur demandera-t-il régulièrement et sans risques? Selon les uns, cinq enfants pouvaient être mis au monde; selon d'autres on ne pouvait en attendre plus de trois (1). Sa créance n'est donc certaine que pour un sixième ou un quart, elle est conditionnelle pour le surplus. Cela étant, s'il agit pour le tout, il perd la portion de son droit qui est dès aujourd'hui réputée certaine et ne perd rien de plus. Qu'est-ce à dire? Qu'il a bien commis une *plus petitio re* dont il subit les conséquences, mais que le droit conditionnel, qui s'ouvrira pour lui étant donné la naissance de moins de cinq ou de trois enfants, n'a pas été déduit *in judicium* et que dans l'espèce la *plus petitio tempore* n'est pas admise; 2° Javolénus est encore plus décisif (L. 36, *De reb. cred.*, XII, 1). Titius me devant purement et simplement une somme d'argent, vous la stipulez de lui par mon ordre, mais sous condition. La pensée qui préside à cette opération est évidente : nous voulons que provisoirement Titius échappe à toute poursuite, mais que si la condition arrive, il soit tenu envers vous et libéré envers moi, et que si elle n'arrive pas, il demeure mon débiteur. Ma situation est donc sensiblement la même que si j'avais stipulé de lui sous la condition inverse de celle qui figure dans votre propre stipulation. Le jurisconsulte relève cette ressemblance et se demande si, à raison du caractère en quelque sorte conditionnel de mon droit, il faudrait dire que l'action par moi exercée *pendente conditione tuæ stipulationis* ne produit aucun effet, c'est-à-dire ne déduit rien *in judicium* (2). Cette façon même de poser la question implique qu'un droit vraiment conditionnel n'est jamais détruit par la *litis contestatio* ; et c'est aussi ce qui résulte de la décision de Javolénus. Dans l'espèce, il admet bien l'épuisement de mon droit, mais cela tient à ce que, selon la rigueur des principes, ce droit est resté pur simple (*pecunia mea credita permanet*); nous savons

(1) Entre ces deux opinions Julien ne se prononce pas, mais deux textes de Paul nous prouvent que la seconde avait prévalu, comme fondée sur des faits moins rares et moins extraordinaires (L. 28 § 5, *De jud.*, V, 1.— L. 3, *Si pars her.*, V, 4). Dans notre espèce donc, l'enfant est provisoirement réputé héritier pour un quart, et par conséquent s'il y avait deux enfants vivants, chacun serait héritier pour un cinquième.

(2) J'ai déjà expliqué que si cette action doit échouer, ce n'est pas qu'elle contienne une *plus petitio*, c'est qu'elle est la violation d'un terme accordé après coup T. II, page 707, note 2). Le défendeur n'échappe donc à la condamnation qu'en faisant insérer une exception dans la formule.

en effet qu'une stipulation conditionnelle n'opère jamais novation immédiate (n° 693) (1).

Plus petitio loco. — Supposons qu'une obligation devant, aux termes du contrat, être exécutée à Éphèse, le créancier agisse à Rome ou au domicile de son débiteur. Nous savons déjà qu'en se comportant ainsi, il ne viole pas les règles relatives à la compétence (n° 735), son action est donc recevable, mais il manque à la loi du contrat, c'est pourquoi il commet une *plus petitio*, et cela quand même en fait l'exécution ne devrait pas être plus onéreuse au débiteur dans le lieu de la poursuite que dans le lieu fixé par le contrat (§ 33 *sup.*) (2).

Plus petitio causa. — Soit une dette de genre ou une dette alternative, le choix dans l'un et l'autre cas appartenant au débiteur, il y aura *plus petitio causa*, si le créancier détermine lui-même la chose qu'il demande, et peu importe que cette chose soit la plus vile de celles entre lesquelles pouvait s'exercer l'option ; car qui sait si le débiteur ne s'acquitterait pas plus facilement en en donnant une autre (§ 33 *sup.* — Gaius, IV, § 53) ?

(1) J'ai dit tout à l'heure, en me fondant sur un texte absolument général de Gaius (IV, § 54), qu'il n'y a jamais de *plus petitio* dans les actions *incertæ*. Cependant quelques interprètes contestent cette doctrine pour la *plus petitio tempore*, et cela parce qu'ils ne croient pas pouvoir lui appliquer le motif donné par Gaius, savoir qu'une demande n'est point exagérée lorsqu'elle a pour objet, non pas une quantité déterminée, mais *quidquid paret dare facere oportere*. J'ai répondu par avance à cette argumentation, en démontrant qu'au fond toute *plus petitio tempore* s'analyse en une *plus petitio re*. La vraie difficulté est donc celle-ci : quand, par inadvertance, une formule incertaine a été délivrée *ante tempus*, que doit faire le juge? car certainement le droit est déduit *in judicium* et consommé par la *litis contestatio*. Ce qui paraît inadmissible, c'est que le défendeur obtienne une absolution pure et simple, ou bien nous aurions précisément le résultat que l'on veut écarter en rejetant la *plus petitio*. Donc trois solutions se conçoivent : 1° le défendeur obtiendrait son absolution en promettant de payer à l'échéance. Telle était probablement la règle suivie dans les actions de bonne foi (arg. de la L. 41, *De jud.*, V, 1) ; 2° une condamnation serait prononcée, mais sous la déduction d'une somme représentant le préjudice causé au défendeur par la violation du terme ; 3° enfin une condamnation serait prononcée sans aucune déduction, mais l'exigibilité en serait reportée à l'époque du terme méconnu de telle sorte que l'anticipation de la demande n'entraînât ni bénéfice pour le demandeur ni perte pour le défendeur. Ce procédé était peut-être suivi dans les actions *stricti juris*, car un texte nous prouve que les condamnations à terme n'étaient pas inconnues des Romains (L. 4 § 5, *De re jud.*, XLII, 1).

(2) Lorsque d'après le contrat la dette doit être acquittée à Carthage ou à Éphèse, le débiteur choisit entre ces deux villes celle où il veut payer ; mais à défaut de payement, c'est au créancier de choisir celle où il veut poursuivre, et ce choix ne contient pas de *plus petitio*. Décider autrement, ce serait donner au débiteur le moyen d'éluder son obligation (L. 2 §§ 3, *De eo quod cert. loc.*, XIII, 4).

863. La plus légère attention suffit pour éviter la *plus petitio tempore* et la *plus petitio causa*. Quant aux deux autres formes de *plus petitio*, il y a des cas où le demandeur, réduit aux ressources du droit commun, ne pourrait s'y soustraire qu'en s'abstenant d'agir. De là deux procédés exceptionnels qui lui permettent de poursuivre sans risque. Je fais allusion à la *vindicatio incertæ partis* et à l'action *de eo quod certo loco*. Par l'une, on évite la *plus petitio re* dans les actions réelles; par l'autre, on évite la *plus petitio loco*.

Vindicatio incertæ partis. — Si les actions réelles ont en principe une *intentio certa*, cela tient, je l'ai déjà dit (n° 759) à ce que le droit de propriété, considéré en lui-même, est essentiellement déterminé dans son objet et dans son étendue. Cependant je puis, me sachant propriétaire, ignorer très légitimement jusqu'où va mon droit. C'est alors que je recours à la *vindicatio incertæ partis* dont l'*intentio* paraît avoir été conçue en ces termes : *quantam partem in eo fundo* ou *in ea hereditate Auli Agerii paret esse*. Gaius (IV, § 54), qui nous donne ce renseignement, nous apprend aussi que de telles formules n'étaient délivrées que dans des cas tout à fait rares. Si nous en croyons Ulpien (L. 1 § 5, *Si pars her. pet.*, V, 4), c'est en matière de *petitio hereditatis* qu'elles apparurent d'abord. Voici l'espèce proposée par le jurisconsulte : Titius meurt; il avait eu trois frères décédés avant lui, de l'un reste reste un fils et les veuves des deux autres sont enceintes. Dès à présent l'hérédité de Titius est déférée au neveu vivant qui l'accepte. Mais celui-ci probablement ne sera pas seul héritier, et le nombre de ses cohéritiers dépend du résultat encore inconnu des deux grossesses. Si donc il exerçait la *petitio hereditatis* pour une part déterminée, par exemple pour un tiers, et que par hasard l'une des deux veuves donnât le jour à deux enfants, il aurait demandé trop n'étant en réalité saisi que d'un quart. Aussi afin de le préserver d'un tel danger, le magistrat lui délivre la *petitio hereditatis* pour une *pars incerta* (1). Et de là, sans hardiesse, ajoute

(1) D'après certains textes déjà cités et qui paraissent exprimer une opinion d'origine sabinienne, lorsque des enfants simplement conçus sont appelés éventuellement à concourir avec un héritier déjà investi, la part réputée dès aujourd'hui acquise à celui-ci se déterminerait, au regard des débiteurs héréditaires, par cette présomption que chaque femme enceinte peut accoucher de trois enfants; elle serait donc d'un quart, d'un septième, d'un dixième, etc., selon le nombre des femmes enceintes (T. II, page 1128, texte et note 1). Logiquement, ce me semble, les partisans de cette doctrine bizarre n'avaient aucun motif pour ne pas l'appliquer aussi dans les rapports de l'héritier avec les possesseurs de bien

Ulpien, l'on peut conclure qu'une *vindicatio incertæ partis* doit être donnée à tout propriétaire qui a de bonnes raisons pour ignorer la quotité de son droit. Tel est par exemple le cas d'un légataire *per vindicationem*, lorsque,sans épuiser l'hérédité entière, la masse des legs paraît néanmoins assez considérable pour en absorber plus des trois quarts. Dans cette situation, la chose léguée appartient-elle tout entière au légataire, ou ne lui appartient-elle que pour une part, et quelle est cette part? A toutes ces questions il est impossible de répondre, puisque l'on ne sait pas encore si la réduction s'applique ni quelle en sera la mesure (L. 76 § 1, *De rei vind.*, VI, 1) (1).

Une petite difficulté se présente ici : le juge ne peut ni ordonner la restitution d'une part incertaine ni condamner à l'estimation d'une telle part. Nécessairement donc, pour exercer son *arbitrium* et rendre sa sentence, il devra attendre que la quotité du droit déduit en justice soit connue. Dès lors à quoi sert notre *vindicatio incertæ partis?* Je réponds qu'elle assure au demandeur le bénéfice des effets attachés à la *litis contestatio :* notamment elle rend le défendeur comptable de ses fautes, elle l'empêche d'usucaper utilement, et elle arrête la *longi temporis præscriptio* (2).

Action DE EO QUOD CERTO LOCO. — Le débiteur, pour une cause quelconque, n'est pas à Éphèse où sa promesse doit être exécutée; il est soit à Carthage,où il a son domicile,soit à Rome. Où sera-t-il poursuivi? A Éphèse? Mais cela est impossible, puisque la délivrance de la formule implique présence et consentement des deux parties. A Rome ou à son domicile? Cela est bien possible, mais alors le droit porté en justice sera fatalement perdu par l'effet de la *plus petitio*.

héréditaires. D'où je conclus que dans l'espèce prévue par Ulpien ils devaient admettre une *petitio hereditatis certa*, mais limitée à un septième. Peut-être l'héritier avait-il le choix entre les deux procédés. Peut-être aussi, et plus probablement, sommes-nous en présence de deux systèmes exclusifs que Justinien a eu le tort de reproduire l'un et l'autre dans sa compilation.

(1) Nous trouvons au Digeste d'autres exemples de *rei vindicatio incertæ partis* (L. 3 § 2, *De rei vind.* — L. 8 § 1, *Comm. div.*, X, 3).

(2) Un créancier peut, tout aussi bien qu'un propriétaire, ignorer l'étendue de son droit. Si par exemple nous nous plaçons dans une hypothèse que j'ai déjà citée, celle où l'on soupçonne que les legs auront une réduction à subir, le légataire *per damnationem* d'une somme d'argent déterminée ne sait pas plus que le légataire *per vindicationem* ce qu'il peut demander sans péril. Dans des cas pareils n'admettait-on pas qu'un créancier pût obtenir une formule *incerta* au lieu d'une formule *certa?* Je suis fort porté à croire qu'il le pouvait sans difficulté, et cela expliquerait le silence des textes à cet égard.

C'est en vue de telles hypothèses que le préteur créa l'action *de eo quod certo loco*, grâce à laquelle le créancier, ne pouvant poursuivre devant le tribunal du lieu fixé par le contrat, poursuit néanmoins valablement devant un des autres tribunaux compétents d'après le droit commun. Cette action n'est autre que celle qui résulte régulièrement du contrat, mais une double modification est apportée à la formule. D'abord l'*intentio* mentionne l'endroit où le payement devait être fait (*commemoratio* ou *adjectio loci*. — § 33 *sup*. — L. 2 § 3, *De eo quod cert. loc.*, XIII, 4) (1). En outre, la condamnation est subordonnée à la clause *nisi restituat*, de telle sorte que l'action cesse d'être *stricti juris* pour devenir arbitraire (§ 33 *sup*.). Au lieu donc de condamner tout droit le défendeur à la simple estimation de là chose due, le juge, soit dans la restitution qu'il ordonne, soit dans la condamnation qu'il prononce à défaut de restitution, tient compte de l'intérêt que l'une ou l'autre partie pouvait avoir à faire ou à recevoir le payement dans l'endroit convenu (L. 2 § 8, *De eo quod cert. loc.*) (2). Bien mieux, lorsque l'équité l'exige, lorsque par exemple le débiteur justifie qu'il a pris des mesures pour se libérer au lieu déterminé par le contrat, une promesse de payer en ce lieu peut lui suffire pour obtenir son absolution (L. 4 § 1, *De eo quod cert. loc.*) (3).

864. *Réformes opérées par Zénon et par Justinien*. — La distinction des *actiones certæ* et *incertæ* se rattachait si étroitement au système formulaire qu'elle aurait dû disparaître avec lui. Mais la routine fut plus forte que la logique. La *plus petitio* et la *minus petitio* conservèrent longtemps encore leurs effets rigoureux, et l'on s'en étonne d'autant plus que, dès l'époque de Cicéron, les honnêtes gens

(1) Cette indication n'est pas exigée lorsque l'action est intentée au lieu fixé par le contrat. Les Institutes sont formelles en ce sens (§ 33 *sup*.).

(2) Les Institutes (§ 33 *sup*.) ne mentionnent que l'intérêt du défendeur, et en effet le texte cité prouve qu'à l'origine on avait discuté si l'intérêt du demandeur devait être pris en considération. Les partisans de la négative aboutissaient à un résultat bizarre : c'est que l'action *de eo quod certo loco* aurait protégé le débiteur bien mieux que le créancier, et pourtant c'est en faveur de ce dernier qu'elle avait été introduite.

(3) L'action *de eo quod certo loco* est évidemment inutile, lorsque l'action est *incerta*. Un texte fait l'application de cette idée aux actions de bonne foi (L. 7 pr., *De eo quod cert. loc.*), et elle n'est pas moins vraie des *condictiones incerti* (L. 43, *De jud.*, V, 1). Sur ce dernier point cependant, il y a une difficulté : d'après Paul, notre action serait nécessaire lorsque la stipulation a pour objet une tradition (L. 7 § 1, *De eo quod cert. loc.*). Mais il est fort probable que Paul prend le mot *tradere* comme synonyme de *dare*, et non pas comme désignant le simple fait de livrer.

regardaient comme honteux de ne triompher que par l'erreur d'un adversaire (1).

Il y avait près de deux siècles que la procédure extraordinaire était devenue le droit commun, lorsque l'empereur Zénon, par une constitution trois fois mentionnée aux Institutes (§§ 33, 34 et 10 *sup.*), rendit les deux décisions suivantes : 1° l'action intentée avant l'arrivée du terme ne pourra pas plus qu'autrefois aboutir à une condamnation, mais le droit déduit en justice ne sera plus épuisé. Seulement la précipitation du demandeur sera punie par l'obligation de subir un délai double de celui qu'il aura méconnu. De plus, pendant ce délai, sa créance ne produira pas d'intérêts, et avant de renouveler sa demande il devra rembourser au défendeur tous les frais faits par celui-ci sur la première poursuite (L. 1 § 1, C., *De plus pet.*, III, 10) ; 2° la *minus petitio* n'empêchera plus le demandeur de compléter ses conclusions devant le juge et d'obtenir une condamnation égale à son droit (§ 34 *sup.* — L. 1 § 3, C., *De plus pet.*) (2).

Justinien conserva les réformes de son prédécesseur et les compléta en décidant que désormais la *plus petitio re, loco*, ou *causa*, n'entraînerait plus l'absolution du défendeur, mais lui donnerait une *condictio ex lege* pour obtenir de la partie adverse le triple du dommage à lui causé par l'exagération de la demande, et notamment le triple de l'excédant de salaire payé aux *exsecutores litium* (§ 33 *sup.* — Inst., §§ 24 et 25, *De act.* — L. 2, C., *De plus pet.*) (3).

La *plus petitio*, ainsi modifiée dans ses résultats, change absolument de caractère. Elle n'est plus comme autrefois une simple erreur, erreur fatale, il est vrai ; on la considère désormais comme un dol ou une faute, et les effets que l'on y attache ne tiennent plus à des règles de procédure, ils constituent une véritable peine (4). De là deux conséquences particulières à la *plus petitio tempore :* 1° la demande formée *pendente conditione* est assimilée à celle qui devance le terme, car elle implique une faute au moins aussi grave (§ 33 *sup.*) ; 2° il n'y a plus lieu de distinguer entre le terme contractuel et le terme accordé après

(1) Cicéron, s'adressant à Servius Sulpicius, s'exprime ainsi : *turpe putas, te advocato, illum ipsum contra quem veneris causa cadere* (*Pro Mur.*, 4).

(2) Cette décision laissait-elle subsister l'exception *litis dividuæ?* Les deux choses n'ont rien d'incompatible.

(3) Il y a un cas où, même sous Justinien, la *plus petitio re* continue d'emporter déchéance. C'est lorsque par des manœuvres frauduleuses le créancier s'est fait faire un billet (*cautio*) qui exagère la quantité due, et qu'il laisse engager la *litis contestatio* sans avoir reconnu la vérité (L. 3, C., *De plus pet.*).

(4) Les Institutes emploient le mot *pœna* (§ 10 *sup.*).

coup. L'oubli de celui-ci, n'étant pas plus excusable que l'oubli de celui-là, doit aussi emporter *plus petitio*, et c'est en effet ce que décident les Institutes (§ 10 *sup.*).

II. — EXAMEN DES DIVERSES ERREURS QUI PEUVENT ÊTRE COMMISES DANS LA FORMULE.

Lib. V, Tit. vi, *De actionibus*, §§ 35. — Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet; sed in eodem judicio, cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittimus, veluti, si is qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit, aut si quis ex testamento sibi dari oportere intenderit quod ex stipulatu debetur (Gaius, IV, § 55).

Si le demandeur a mis dans ses conclusions une chose pour une autre, on admet qu'il ne court aucun risque; bien mieux, nous décidons que dans la même instance il peut corriger son erreur et rétablir la vérité. Par exemple, on a demandé l'esclave Eros, quand on devait demander l'esclave Stichus, ou bien l'on a fondé sa prétention sur un testament quand la dette dérive d'une stipulation.

865 a. Accessoirement à la *plus petitio* et à la *minus petitio*, il est naturel de passer en revue les autres erreurs que le demandeur peut laisser échapper dans les diverses parties de la formule, et cela en partant de cette idée déjà indiquée (n° 775) que le juge n'a pas qualité pour les rectifier, soit d'office, soit sur la demande des parties.

Erreurs commises dans la DEMONSTRATIO. — L'erreur peut consister à indiquer trop, trop peu ou autre chose (*plus*, *minus* ou *aliud*). Dans les trois cas la règle est celle-ci : *falsa demonstratione res non perimitur*, c'est-à-dire que rien n'est déduit *in judicium*, et que le demandeur débouté de sa demande peut en former une autre (Gaius, IV, § 58). Cette règle ne fut admise sans controverse que lorsque la *demonstratio* avait pour objet *aliud*, et c'est en effet le seul cas où elle paraisse absolument logique. Prenons des exemples. Mon droit dérive d'une vente et je le présente comme dérivant d'un échange : ou bien il porte sur le fonds Titien, et je le fais porter sur le fonds Cornélien, en d'autres termes, j'en change ou la cause ou l'objet. Comment comprendre qu'en de telles espèces il y eût *deductio in judicium?* car l'*intentio* évidemment n'a pas de base; le droit auquel elle se

réfère ne peut être que celui qui est indiqué dans la *demonstratio* : en réalité, donc, elle ne se réfère à rien. — Supposons maintenant que la *demonstratio* contienne trop : avec une stricte logique on aurait pu dire que l'*intentio* participe à l'exagération de la *demonstratio*, qu'elle la reproduit implicitement dans ces mots vagues *quidquid paret dare facere oportere*, et qu'en conséquence le demandeur commet une *plus petitio* qui lui fait perdre son droit. Cette doctrine dure fut repoussée. Mais plusieurs jurisconsultes l'acceptent pour le cas spécial où il s'agissait d'une action infamante. Toutefois leur opinion ne prévalut pas et ne devait pas prévaloir, car il était peu raisonnable de sacrifier le droit du demandeur pour sauver son adversaire d'une infamie méritée (Gaius, IV, §§ 59 et 60). — Que si nous passons à l'hypothèse d'une *demonstratio* qui contient trop peu, ce n'est plus sur certains cas que porte la controverse, elle est générale. Supposons avec Gaius (IV, § 59) que j'aie acheté les esclaves Stichus et Eros par un même contrat et pour un prix unique, et que ma *demonstratio* soit ainsi conçue : *quod ego de te hominem Erotem emi*. Quelques jurisconsultes, et à leur tête Labéon, voulaient que l'esclave Eros fût valablement déduit *in judicium* et que l'acheteur obtînt une autre formule pour demander Stichus. En d'autres termes, ils assimilaient notre hypothèse à celle d'une *minus petitio*, si ce n'est qu'ici probablement l'exception *litis dividuæ* ne leur paraissait pas admissible. Cette opinion semble tout à fait rationnelle, si l'on n'oublie pas qu'une *intentio incerta* reproduit implicitement la *demonstratio* sur laquelle elle s'appuie. Cependant Gaius, avec la majorité des jurisconsultes de son temps, la rejette et décide que rien n'est déduit *in judicium*. Le motif qui le détermine et qu'il n'exprime pas, je crois le trouver dans cette idée que le juge de l'action *empti* doit tenir compte des obligations réciproques des deux adversaires, j'entends de celles qui se rattachent à la vente. Or l'acheteur, ayant fractionné sa demande, n'a par cela même soumis à l'examen du juge qu'une partie de ses obligations. Mais quelle est exactement cette partie, et par exemple, si l'esclave Eros eût été vendu seul, quelle est la réduction que le prix aurait subie ? Il y a là une difficulté sérieuse à laquelle on échappe dans la doctrine de Gaius (1). M'objectera-t-on que le motif que je prête à ce jurisconsulte ne s'applique qu'aux actions de bonne foi ? Je ré-

(1) Cela veut-il dire que cette doctrine ait prévalu ? Deux textes, qui appartiennent l'un à Paul, et l'autre à Ulpien, permettent de croire le contraire (L. 17 § 4, *Comm.*, XIII, 6. — L. 33, *De act. empt.*, XIX, 1).

ponds que, selon moi, ce sont les seules où la question pût surgir, puisque j'ai admis que, dans les actions *in rem* et dans les *condictiones certi*, la *demonstratio* n'existe pas, et que dans les *condictiones incerti* elle n'énonce pas l'objet du droit (n° 757).

*Erreurs commises dans l'*INTENTIO. — Je n'ai pas à revenir sur celles qui consistent à demander trop ou trop peu. Reste donc celle qui porte sur l'objet du droit; par exemple, je demande l'esclave Eros quand je devais demander l'esclave Stichus (1). Dans le droit classique de telles erreurs sont sans danger; car ce qui est déduit *in judicium* n'est pas dû, et ce qui est dû n'est pas déduit *in judicium*. L'instance engagée se dénoue donc par l'absolution du défendeur, mais le droit reste intact et peut faire l'objet d'une nouvelle action (Gaius, IV, § 55). La procédure formulaire une fois supprimée, il semble que le demandeur aurait dû pouvoir faire reconnaître et sanctionner son droit sans avoir besoin d'introduire une nouvelle instance; mais cette simplification ne fut opérée d'une manière générale que par Justinien (§ 35 *sup.*) (2).

Erreurs commises dans la CONDEMNATIO. — Le droit classique n'admettant que des condamnations pécuniaires, l'erreur sur l'objet ne devait jamais se présenter ici, et Gaius n'en parle pas. Les seules erreurs vraisemblables sont celles qui exagèrent ou diminuent le montant de la condamnation, et on les conçoit non seulement lorsque la *condemnatio* est *certa*, mais même dans certains cas où elle est *incerta*. Par exemple, le magistrat n'a point indiqué, dans une action *de peculio*, que la condamnation n'excéderait pas la valeur du pécule, ou dans une action *legis Aquiliæ*, qu'elle se réglerait sur la plus haute valeur que la chose a pu avoir dans l'année ou dans le mois qui a précédé le délit. De même encore, l'action étant *in simplum*,

(1) J'emprunte cet exemple à Gaius et aux Institutes. Gaius en donne deux autres : 1° l'action étant intentée par un *cognitor* ou un *procurator*, l'*intentio* porte *ipsi dari oportere*. Or nous verrons plus tard qu'en cette hypothèse c'est le nom même du créancier qui doit figurer dans l'*intentio;* 2° un créancier dont le droit dérive d'une stipulation le présente, dans l'*intentio*, comme dérivant d'un testament. Cet exemple, qui n'a plus d'application sous Justinien et que les Institutes reproduisent néanmoins (§ 35 *sup.*), est difficile à comprendre. Je ne puis l'expliquer qu'en supposant que Gaius se réfère à une *condictio certi*. Or cette sorte d'action n'ayant pas de *demonstratio*, peut-être la cause du droit devrait-elle être indiquée dans l'*intentio*.

(2) A peine est-il besoin de faire remarquer ici que sous Justinien il n'est plus question d'erreurs dans la *demonstratio* et dans la *condemnatio*, et que s'il parle d'erreurs commises dans l'*intentio*, c'est en donnant à ce mot le sens large de *prétention* ou *conclusions*.

la *condemnatio* est conçue *in duplum*, ou réciproquement. Quel est maintenant l'effet d'une *condemnatio* inexacte? Nous n'avons qu'à nous rappeler que le juge est l'esclave de la formule, et nous dirons qu'il ne peut pas reconnaître la justesse de l'*intentio* sans être obligé de se conformer aux termes de la *condemnatio*. Il y a là une iniquité criante; car le demandeur obtiendra trop ou trop peu. Cette iniquité sera-t-elle réparée? Le préteur répond par une distinction fondée sur cette idée que la formule est beaucoup plutôt l'œuvre du demandeur que du défendeur. De deux choses l'une, donc: ou la *condemnatio* est trop forte ou elle est trop faible. Au premier cas, c'est le défendeur qui est lésé, et il n'a qu'à prouver son erreur pour obtenir l'*in integrum restitutio* et faire rectifier la formule (1). Au second cas, la lésion atteint le demandeur, et en principe l'*in integrum restitutio* lui est refusée s'il est majeur de vingt-cinq ans (2).

DISTINCTION DES ACTIONS ARBITRAIRES ET NON ARBITRAIRES.

Lib. IV, tit. VI, *De actionibus*, § 31. — Præterea quasdam actiones arbitrarias, id est, ex arbitrio judicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio judicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem quam in personam inveniuntur : in rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana quæ etiam hypothecaria vo-

En outre, il y a certaines actions que nous appelons arbitraires, comme dépendant de l'*arbitrium* du juge. Là le défendeur doit être condamné, s'il ne fournit pas au demandeur la satisfaction arbitrée par le juge, et qui consiste par exemple à restituer une chose, à exhiber, à payer, à faire l'abandon noxal d'un esclave. De telles actions sont ou réelles ou personnelles : réelles, comme l'action Publicienne, l'action Servienne relative aux objets du fer-

(1) Même après la sentence le défendeur pourrait, je pense, se faire restituer *in integrum;* mais cela suppose qu'il aurait été condamné avant d'avoir découvert l'erreur.

(2) Il y a des erreurs dont les textes ne parlent pas et que l'on conçoit néanmoins. Par exemple la clause *nisi restituat* manque dans une action arbitraire, ou les mots *ex fide bona* dans une action de bonne foi. De telles erreurs sont plutôt le fait du magistrat que du demandeur, et probablement elles donnent lieu à une *restitutio in integrum*. Mais tant qu'elles n'ont point été réparées, la règle est toujours que le juge doit se conformer strictement à la formule et ne peut tenir aucun compte de ce qu'elle devrait dire et ne dit pas.

catur; in personam, veluti quibus de eo agitur quod aut metus causa, aut dolo malo factum est, item quum id quod certo loco promissum est petitur; ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur judici ex bono et æquo, secundum cujusque rei de qua actum est naturam, æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat.

mier, l'action quasi-Servienne qu'on appelle aussi hypothécaire; personnelles, comme l'action *quod metus causa*, l'action *de dolo*, et celle qui a trait aux choses stipulées payables dans un lieu déterminé. L'action *ad exhibendum* dépend aussi de l'*arbitrium* du juge. Dans ces actions et autres semblables, le juge est autorisé à apprécier, d'après l'équité et selon la nature de l'objet demandé, la satisfaction qui doit être fournie au demandeur.

866. La division des actions en arbitraires et non arbitraires n'a d'intérêt qu'autant que la demande est fondée. Quand l'action n'est pas arbitraire, et c'est le cas le plus fréquent, la constatation du droit du demandeur a pour conséquence nécessaire et immédiate la condamnation de son adversaire. Quand elle est arbitraire, une porte reste ouverte au défendeur qui veut être absous malgré son échec. La marche suivie est celle que j'ai déjà décrite à propos de la *rei vindicatio* (n° 807). Un premier jugement reconnaît l'exactitude de la prétention, c'est-à-dire déclare l'*intentio* fondée et du même coup repousse les exceptions qui prétendaient la paralyser. Puis, faisant usage du pouvoir appelé *arbitrium* et d'où ce genre d'action tire son nom, le juge détermine la satisfaction à laquelle le demandeur a droit et intime au défendeur l'ordre de la fournir. Enfin l'instance est close par un second jugement qui absout ou condamne le défendeur, selon que l'ordre du juge a été ou n'a pas été exécuté (1). Sous le système formulaire le caractère arbitraire de l'action se manifeste, dans la formule, par l'insertion de la clause *nisi restituat* à laquelle est subordonné le pouvoir de condamner (2).

(1) On évitera une confusion grossière qui consisterait à croire que toutes les actions soient devenues arbitraires après qu'on eut admis la règle *omnia judicia absolutoria sunt*. Sans doute cette règle assure dans tous les cas l'absolution du défendeur qui a satisfait. Mais la satisfaction qu'elle suppose n'est point un acte d'obéissance à un premier jugement et n'est pas déterminée par le juge : elle est toute spontanée et doit être entièrement conforme à la prétention du demandeur (n° 771).

(2) Sur la place et la rédaction de cette clause, voir T. II, page 968, note 3. On remarquera que *restituere* est pris ici dans le sens large de *satisfacere*.

Voyons d'abord quelles sont les actions arbitraires, car les Institutes (§ 31 *sup.*) les présentent comme formant une minorité qui déroge au droit commun, et elles n'en donnent que des exemples. A cet égard il faut distinguer entre les actions réelles et les actions personnelles. Nous savons déjà qu'à l'époque classique toutes les actions réelles civiles, moins la *querela inofficiosi testamenti*, pouvaient être et étaient ordinairement exercées dans la forme arbitraire, que cette forme fut toujours la seule admise pour les actions réelles prétoriennes, et qu'enfin depuis la suppression du système formulaire les unes et les autres furent essentiellement arbitraires (n° 803). En leur donnant ce caractère, on voulait, si cela était possible, soustraire le demandeur aux inconvénients d'une condamnation purement pécuniaire et lui assurer une satisfaction adéquate à l'objet de son droit. Il semble donc que Justinien aurait dû les faire rentrer dans le droit commun. Mais il ne le fit pas, peut-être parce qu'il jugea utile de maintenir les sévérités de l'ancienne législation à l'égard du défendeur qui refusait de restituer.

Quant aux actions personnelles, il n'y en a qu'un fort petit nombre qui soient arbitraires par leur nature et dans tous les cas. Nous avons étudié comme telles l'action *ad exhibendum*, où la clause *nisi restituat* tend à rendre possible l'exercice d'une action ultérieure (n° 822 et s.) ; l'action *finium regundorum*, où elle est nécessaire pour assurer le mesurage des fonds litigieux et la destruction des constructions ou plantations faites sur les limites (n°s 827 et s.); les actions *de dolo malo* et *quod metus causa*, où elle a pour but principal de soustraire le défendeur à la peine de l'infamie ou du quadruple et facilite, s'il y a lieu, le rétablissement de l'état de choses antérieur (n°s 837 et s., 844 et s.); l'action Paulienne où elle tend à procurer l'anéantissement de l'acte frauduleux (n° 849 et s.); enfin l'action *de eo quod certo loco*, où elle neutralise l'effet de l'*intentio certa* et prévient la *plus petitio* (n° 863). Ajoutons à cette liste les actions *Faviana* et *Calvisiana*, qui ont tant d'autres analogies avec l'action Paulienne (L. 1 § 22 ; L. 5 § 1, *Si quid in fraud. patr.*, XXXVIII, 5) (1).

A. En dehors de l'énumération qui précède, il y a deux classes d'actions personnelles qui peuvent être arbitraires et ne le sont pas toujours. Ce sont d'abord, nous le verrons plus loin, les actions délivrées

(1) Faut-il également reconnaître le caractère arbitraire aux actions noxales ? Je m'expliquerai bientôt sur cette question (n° 886).

à la suite des interdits restitutoires ou exhibitoires (Gaius, IV, §§ 141 et 163). Ici l'insertion de la clause *nisi restituat* dépend du défendeur. Ce sont en second lieu les actions *bonæ fidei :* le magistrat les délivre arbitraires lorsqu'elles tendent à obtenir soit une simple restitution matérielle, soit un transport de propriété ou une promesse, en un mot et plus largement une satisfaction qui ne consiste pas en argent et que le défendeur peut fournir. Cette doctrine n'est exprimée nulle part en termes généraux; mais je la trouve appliquée dans des décisions relatives aux actions *depositi, rei uxoriæ, præscriptis verbis, communi dividundo* et *negotiorum gestorum* (L. 1 § 31, *Dep.*, XVI, 3. — L. 9, *De præscr. verb.*, XIX, 5. — L. 7 § 1, *De fund. dot.*, XXIII, 5. — L. 61 pr.; L. 80 § 7, *De furt.*, XLVII, 2), et elle est confirmée par le texte de la formule *depositi in jus* où Gaius (IV, § 47) fait figurer la clause *nisi restituat* (1). C'est donc bien à tort qu'elle a été niée par quelques interprètes, comme s'il y avait la moindre incompatibilité entre l'obligation de juger *ex fide bonâ* et l'obligation de ne condamner qu'à défaut de restitution

867. Reste à nous occuper de la satisfaction. Si d'abord nous l'envisageons en elle-même, les Institutes (§ 1 *sup.*) posent les deux règles suivantes : 1° elle doit être fixée *ex bono et æquo*. Il y a là un trait de ressemblance entre l'action arbitraire et l'action de bonne foi (2); 2° la forme de la satisfaction dépend de l'objet de la demande. Elle est donc essentiellement variable. Le plus souvent c'est une restitution, c'est-à-dire le rétablissement complet d'un certain état de droit ou de fait (L. 2 § 43, *Ne quid in loc. publ.*, XLIII, 8. — LL. 22, 35 et 246 § 1, *De verb. sign.*, L. 16). Dans l'action *ad exhibendum*, elle consiste à exhiber; dans l'action hypothécaire, elle a pour objet ou le délaissement de la chose hypothéquée, ou le payement de l'obligation (3).

Supposons que la satisfaction ordonnée par le juge ne soit pas fournie. En fait, c'est que le défendeur ne peut pas obéir ou ne le veut pas. Dans la premier cas il est inévitablement condamné. Mais

(1) Ces deux mots sont représentés dans le manuscrit de Vérone par les lettres N R, restées longtemps illisibles et qui n'ont été que récemment déchiffrées avec certitude.

(2) On se gardera toutefois de confondre ces deux classes d'actions. La grande différence qui les sépare consiste en ce que dans l'action arbitraire l'*intentio* s'apprécie selon les principes du droit pur. Et de là beaucoup de conséquences, notamment l'impossibilité d'y sous-entendre l'exception *doli mali*, comme le prouvent plusieurs textes (L. 48; L. 65 pr., *de rei vind.*, VI, 1).

(3) C'est à quoi les Institutes (§ 31 *sup.*) font allusion par ces mots *vel exhibeat vel solvat*.

dans le second, on se demande s'il n'y a pas moyen de vaincre son mauvais vouloir et si l'ordre du juge ne peut pas être exécuté par la force. Cette question est l'objet d'une controverse très vive et qui n'est pas sur le point de finir. Examinons-la d'abord dans l'hypothèse où elle a le plus d'importance, celle d'une action *in rem*. Selon moi, l'exécution forcée ne fut pas admise dès l'origine. Il n'était pas dans l'esprit de l'ancien droit romain d'autoriser les juges, c'est-à-dire de simples particuliers, à user des voies de coercition : elles rentraient dans l'*imperium* et n'appartenaient par conséquent qu'aux magistrats. Quelle est d'ailleurs la signification naturelle de ces mots *nisi restituat* ou *neque restituatur arbitrio judicis?* Ils se réfèrent, ce semble, à une restitution qui, pour n'être pas spontanée, n'en est pas moins toute volontaire. S'il en était autrement, s'il dépendait du demandeur de recouvrer sa chose, comprendrait-on que la désobéissance de son adversaire à l'ordre du juge lui permît de fixer lui-même le montant de la condamnation, et de le fixer avec une liberté illimitée? Cela s'explique très bien, au contraire, si l'on part de cette idée que le *jussum judicis* s'exécute de bonne grâce ou ne s'exécute pas du tout. A la contrainte matérielle qui fait défaut la loi substitue une sorte de contrainte morale : elle espère que la peur d'une condamnation exagérée décidera le défendeur à restituer. J'ajoute, comme complément de ces diverses considérations, que parmi les textes antérieurs au troisième siècle aucun ne fait allusion à l'exécution forcée du *jussum*, et que plusieurs placent très nettement le défendeur dans l'alternative absolue d'obéir au juge ou d'être condamné (Gaius, IV, § 89. — L. 9 § 1, *De furt.*, XLVII, 2). Telle est donc la théorie primitive, mais tel n'est pas, à mes yeux, le dernier mot du droit classique. Une condamnation pécuniaire, si forte qu'elle soit, ne satisfait pas toujours le demandeur : elle ne lui tient pas lieu d'une chose à laquelle il attacherait un grand prix d'affection, et elle peut être rendue illusoire par l'insolvabilité du débiteur. Il était donc dans la logique naturelle des choses que le principe de l'exécution forcée finît par s'imposer, et en effet un texte d'Ulpien, texte unique, il est vrai, nous la présente comme reçue dans la pratique de son temps (L. 68, *De rei vind.*, VI, 1). Le jurisconsulte, visant spécialement la revendication, met en regard deux hypothèses, celle où le défendeur prétend seulement ne pas pouvoir restituer, c'est-à-dire ne le veut pas, et celle où réellement il ne le peut pas (1). Dans cette seconde hypothèse une condamnation est

(1) L'antithèse si nettement établie par Ulpien rend inacceptable un système

prononcée pour le tout d'après des règles diverses que nous connaissons déjà (n° 808). Mais dans la première, le juge, dit Ulpien, fait appel à la *manus militaris* qui transfère la possession du défendeur au demandeur (1), et il n'y a de condamnation qu'à raison des fruits et autres accessoires (2). L'isolement de ce texte en a fait nier l'authenticité. Mais s'il appartenait à Justinien, on n'y trouverait probablement pas l'expression *manu militari* (3), attendu que depuis l'année 393 la force militaire ne pouvait plus être mise au service d'intérêts purement privés (L. 1, C., *De off. mil. jud.*, I, 46). De plus et surtout, le système des condamnations exclusivement pécuniaires ayant disparu dans la procédure extraordinaire, il est évident que le refus de satisfaire devait entraîner tout droit une condamnation *ad ipsam rem*, de sorte que Justinien, remaniant le texte d'Ulpien, ne lui eût pas fait dire que la condamnation se restreindrait aux accessoires de la chose (4). En résumé donc, je résous notre question par une distinc-

peu ancien, d'après lequel on distinguerait entre le défendeur bien élevé qui dit *non possum restituere* et celui qui dit effrontément *nolo*. L'exécution forcée serait admise contre le premier et refusée contre le second. Celui qui veut garder la chose d'autrui n'aurait donc qu'à montrer un peu de cynisme et à braver ouvertement l'autorité du juge ! A coup sûr, ce n'est pas là une idée bien pratique. Vainement fait-on remarquer qu'Ulpien suppose un défendeur qui allègue ne pouvoir restituer, tandis qu'un autre texte (L. 73, *De fid.*, XLVI, 1) nous montre le refus de restituer sanctionné par une condamnation excessive. Cela ne prouve qu'une chose : c'est que le demandeur pouvait à son choix recourir à la *manus militaris* ou demander une condamnation dont lui-même fixerait le chiffre. Quant au langage d'Ulpien, il s'explique par cette observation très simple que la mauvaise volonté cherche presque toujours des prétextes pour se dissimuler et que le *non possum* n'est souvent qu'une forme polie qui signifie *nolo*. Virgile nous en donne un exemple frappant (Ecl. III, v. 24).

(1) Supposons que le défendeur ait usucapé *pendente judicio*. La restitution, pour être complète, implique ici un transport de propriété qui ne s'opère pas contre le gré du propriétaire. La *manus militaris* ne peut vaincre que des obstacles de fait : elle déplace matériellement une chose, elle ne déplace pas un droit. Mais faut-il conclure de là, avec certains auteurs, que l'exécution forcée du *jussum* ne soit point admise dans notre hypothèse? aucunement. Le demandeur, en effet, peut très bien se contenter de recouvrer la possession de la chose ; quant à la propriété, l'usucapion la lui fera acquérir.

(2) Ulpien suppose évidemment que ces fruits et accessoires n'existent pas en nature.

(3) L'expression *manus militaris* se rencontre dans un autre texte (L. 3 pr., *Ne vis fiat ei*, XLIII, 4).

(4) Des textes déjà cités (n° 808) portent que le défendeur qui se laisse condamner pour n'avoir pas voulu restituer est réputé acquérir la chose en vertu d'une vente ou d'une transaction. Donc, dit-on, c'est que le demandeur pouvait la lui enlever; car acheter et transiger supposent un accord de volontés. Cette conclusion me paraît exagérer la portée d'une simple comparaison. Toutefois, d'autres textes confirment l'authenticité de celui d'Ulpien et prouvent que sa doctrine était

tion d'époques, rejetant également deux systèmes absolus, dont l'un prétend que l'exécution *manu militari* apparut avec la *formula petitoria* (1), et l'autre qu'elle resta inconnue pendant toute la durée du système formulaire. Plaçons-nous maintenant dans le dernier état du droit : puisque le juge doit condamner *ad ipsam rem*, toutes les fois que cela est possible, l'exécution forcée de son *jussum*, ainsi que je l'indiquais tout à l'heure, n'aurait plus grand sens. La question que je viens de discuter disparaît donc (2), et c'est par l'exécution de la condamnation elle-même que le demandeur recouvre sa chose. Dès lors, par la force des choses, le *juramentum in litem* ne porte plus que sur les accessoires qui ne peuvent faire l'objet d'une restitution en nature. Logiquement cette restriction aurait dû être admise du jour même où prévalut la doctrine posée par Ulpien. Mais l'habitude est souvent plus forte que la logique ; et aussi longtemps que les condamnations ne purent être que pécuniaires, le *juramentum in litem* conserva toute sa portée primitive, c'est-à-dire que le demandeur put opter entre l'exécution forcée du *jussum* et une condamnation abandonnée à son propre arbitraire.

La difficulté relative à l'exécution forcée du *jussum* s'élève pareil-

admise par ses contemporains. Ainsi Paul décide que la garantie de l'éviction est due par l'époux donateur qui revendique et qui obtient une condamnation à défaut de restitution (L. 36 pr., *De don. int. vir.*, XXIV, 1). Cette obligation est exceptionnelle sans doute; mais n'implique-t-elle pas que le demandeur a bien voulu bandonner la chose à son adversaire? Ainsi encore, Macer se demande si le possesseur qui appelle du jugement par lequel le demandeur a été déclaré propriétaire continue néanmoins de posséder (L. 15 § 6, *Qui sat. cog.*, II, 8). Il décide affirmativement, mais on pourrait douter, dit-il, car *possessio evinci potest*. Cela ne signifie-t-il pas que la confirmation du jugement autoriserait la restitution *manu militari?* En sens inverse, pour infirmer l'autorité de la loi 68, et nier que l'exécution forcée fût admise au temps d'Ulpien, on a cité un autre texte de ce jurisconsulte (L. 3 § 4, *De reb. eor*, XXVII, 9). L'hypothèse est celle d'un tuteur qui revendique le fonds de son pupille, et au lieu de la restitution, reçoit la *litis æstimatio*. Il s'agit de savoir s'il y a là une aliénation valable. Or, le jurisconsulte dit oui, en se fondant sur ce que l'aliénation *non sponte tutorum fit*. Donc, conclut-on, c'est que le tuteur était obligé de recevoir le prix de l'immeuble et ne pouvait pas se le faire restituer par la force. Je réponds que l'on traduit mal le texte : il dit que l'aliénation n'est pas spontanée, mais non qu'elle n'est pas volontaire.

(1) Dans ce système on allègue un texte où Cicéron dit que le juge doit *cogere reum restituere aut condemnare eum* (*In. Verr.* 2a *act.*, II, 12). Mais je ne puis voir là qu'une alternative imposée au défendeur, et non point une allusion à l'exécution forcée du *jussum*. D'autres textes portent que le défendeur est dans la nécessité de restituer, ou qu'il y est forcé par le juge (L. L. 9 et 63, *De rei vind.*). Je les explique par la contrainte indirecte qu'exerce la menace d'une condamnation.

(2) Cette observation nous explique l'isolement du texte d'Ulpien.

lement à propos des actions arbitraires personnelles, mais avec une portée bien moindre que tout à l'heure. Supposons, en effet, que la satisfaction consiste à faire une promesse, une acceptilation, et, d'une manière plus générale, un acte qui exige absolument la volonté du défendeur, l'intervention de la *manus militaris* ne se conçoit pas. Si, au contraire, la satisfaction ne consiste qu'à transférer la possession d'une chose, à la délaisser ou à la représenter, de tels résultats s'obtiennent facilement par la force. C'est donc seulement dans des cas de ce genre que notre question se présente. Or le bon sens nous dit que tant que l'exécution forcée resta interdite dans les actions réelles, elle le fut, à plus forte raison, dans les actions personnelles, et c'est ce que confirme un passage de Gaius (IV, § 163) (1). Mais ne finit-elle pas aussi par y être admise? Je ne vois aucune raison d'en douter; et l'affirmative me paraît rendue vraisemblable par la phrase qui termine le texte d'Ulpien relatif aux actions réelles (2).

(1) Dans le même sens on peut citer un texte des Institutes qui est très probablement emprunté à un jurisconsulte ancien (§ 6, *De off. jud.*, IV, 17).

(2) Cette phrase finale de la loi 68, *De rei vindicatione*, signifie que les diverses décisions données soit pour le cas où la restitution est refusée, soit pour le cas où elle devenue impossible par le dol ou la faute du défendeur, s'appliquent à toutes actions arbitraires, tant réelles que personnelles, et sans qu'il y ait lieu de distinguer, parmi ces dernières, celles qui sont délivrées directement de celles qui supposent l'émission et la violation d'un interdit. Est-ce Ulpien qui parle ainsi? L'incorrection du langage m'empêche de le croire, notamment la locution *locum habet ad omnia* trahit la main de Justinien (L. 31, C., *De inoff. test.* III, 28), et une raison plus forte encore me détermine à lui attribuer la paternité de la phrase entière, c'est qu'elle contient une erreur. En effet, une des décisions données par le texte consiste à dire que là où le dol du défendeur a rendu la restitution impossible, c'est le demandeur lui-même qui fixe la condamnation après serment et *sine taxatione*. Or s'il est vrai que le *juramentum in litem* ne comporte pas de *taxatio* dans les actions *in rem*, ni même dans l'action *ad exhibendum*, cela n'est pas vrai dans toutes les actions arbitraires personnelles, et notamment, comme nous l'avons vu, dans les actions *de dolo* et *quod metus causa* (nos 842 et 848). Reste une difficulté : si cette phrase appartient à Justinien, comment puis-je croire qu'elle exprime une doctrine reçue dès la fin de l'époque classique? La réponse est bien simple : j'ai déjà dit que sous Justinien l'exécution forcée du *jussum* est remplacée par une condamnation immédiate *ad ipsam rem*. Si donc il a reproduit la décision d'Ulpien sur l'emploi de la *manus militaris* dans la revendication, c'est par inadvertance. Or la même inadvertance l'a poussé à compléter l'exposé d'une doctrine qui n'était plus celle de son temps ou qui du moins avait changé de forme. Si l'on n'admet pas ce point de vue, la phrase de Justinien ne s'expliquerait que par une confusion entre le *jussum* du juge et la condamnation *ad ipsam rem*.

DISTINCTION DES ACTIONS *BONÆ FIDEI* ET *STRICTI JURIS*.

Sommaire I : Des caractères communs à ces deux classes d'actions, et en quoi elles diffèrent. Détermination des actions *bonæ fidei*. — II. Des principaux intérêts pratiques attachés à cette distinction. — III. Indication et classification des *condictiones*.

I. — DES CARACTÈRES COMMUNS A CES DEUX CLASSES D'ACTIONS, ET EN QUOI ELLES DIFFÈRENT. DÉTERMINATION DES ACTIONS *bonæ fidei*.

Lib. IV, tit. VI, *De actionibus*, § 28. — Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. Bonæ fidei sunt hæ : ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pignoratitia, familiæ erciscundæ, communi dividundo, præscriptis verbis quæ de æstimato proponitur, et ea quæ ex permutatione competit, et hereditatis petitio. Quamvis enim adhuc incertum erat, sive inter bonæ fidei judicia connumeranda sit hereditatis petitio, sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonæ fidei disposuit (Gaius, IV, § 62).

Certaines actions sont de bonne foi, d'autres sont *stricti juris*. Sont de bonne foi les actions *empti* et *venditi*; *locati* et *conducti*, *negotiorum gestorum*, *mandati*, *depositi*, *pro socio*, *tutelæ*, *commodati*, *pignoratitia*, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, l'action *præscriptis verbis* donnée à raison d'un contrat estimatoire ou d'un échange, et la *petitio hereditatis*. Jusqu'ici, en effet, on ne savait pas si la *petitio hereditatis* devait ou non compter parmi les actions de bonne foi, mais notre constitution a clairement décidé qu'elle est de bonne foi.

§ 29. — Fuerat antea et rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis.

Anciennement l'action *rei uxoriæ* comptait aussi parmi les actions de bonne foi.

§ 30. — In bonæ fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et æquo æstimandi quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem præstare actorem oporteat, eo compensato in reliquum is cum quo actum est debeat condemnari, (Gaius, IV, § 61).

Dans les actions de bonne foi, le juge est réputé investi d'un libre pouvoir à l'effet d'apprécier, conformément au bien et à l'équité, le montant de la restitution due au demandeur. Et cela implique que si des obligations réciproques incombent au demandeur, elles se compensent avec celles du défendeur, et que celui-ci n'est condamné qu'au surplus.

868. La classification que nous abordons est loin d'être générale; les Institutes, sans le dire expressément, le donnent bien à entendre (§ 28 *sup.*, 1re phr.). Elle paraît se restreindre aux actions qui sont tout à la fois personnelles, contractuelles ou quasi-contractuelles, et *conceptæ in jus*. Tel est du moins le droit classique, ainsi que je vais essayer de le démontrer.

A l'égard des actions *bonæ fidei*, ma démonstration sera presque faite quand je les aurai énumérées. Dès l'époque de Cicéron, on comptait certainement comme *bonæ fidei* les actions *empti*, *venditi*, *locati*, *conducti*, *pro socio*, *mandati*, *negotiorum gestorum*, *tutelæ*, *fiduciæ*, et *rei uxoriæ* (Cic., *Top.*, 17; *De nat. deor.*, III, 30; *De off.*, III, 15 et 17). Mais Cicéron ne nous dit pas que ce caractère n'appartînt dès lors à aucune autre action, et rien ne nous permet de l'affirmer (1). Un texte des commentaires de Gaius (IV, § 62) annonce une énumération limitative des actions *bonæ fidei;* malheureusement il est en partie illisible, en partie altéré par une évidente erreur du copiste (2), il nous apprend donc peu de chose, et si ce n'était qu'il mentionne l'action *depositi* et se tait sur l'action *rei uxoriæ*, il ne ferait que confirmer les renseignements fournis par Cicéron. Seules les Institutes de Justinien (§§ 28 et 29 *sup.*) nous donnent une liste complète des actions *bonæ fidei;* et cette liste n'exprime pas seulement le droit que Justinien trouva en vigueur, elle correspond aussi au dernier état de la jurisprudence classique, si ce n'est qu'elle laisse de côté l'action *fiduciæ* tombée en désuétude avec la mancipation et *l'in jure cessio*. En tout elle comprend quinze actions : d'abord celles que désigne Cicéron, sauf l'action *fiduciæ*, puis l'action *depositi* que nous avons vue mentionnée par Gaius, enfin les actions *commodati*, *pignoratitia*, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* et *præ-*

(1) Je n'entends nullement dire que la liste définitive des actions *bonæ fidei* ait été dressée d'un seul coup; très probablement les plus anciennes sont celles qui dérivent d'un contrat consensuel. En faveur de cette conjecture, je signale certains textes qui emploient les expressions contrats et actions de bonne foi dans le sens restreint de contrats consensuels et actions résultant de ces contrats (L. 7 § 6; L. 27 § 2, *De pact.*, II, 14).

(2) Voici en quoi consiste cette erreur. Il y a une ligne du manuscrit où se lisent très distinctement les mots *mandati*, *depositi*, *fiduciæ*, *pro socio*, *tutelæ*, puis viennent quelques lettres illisibles. A la ligne suivante, on trouve d'abord *dati*, ce qui pourrait bien être la fin du mot *commodati*, puis reparaissent les mots *depositi*, *fiduciæ*, *pro socio*, *tutelæ*, suivis de quelques lettres illisibles. Évidemment donc le copiste a écrit deux fois la même chose, et cela fait présumer qu'il a sauté l'équivalent de ce qu'il ajoutait (Voir Studemund).

scriptis verbis, celle-ci toutefois donnant lieu à une difficulté que j'examinerai tout à l'heure (1). Ai-je besoin maintenant d'insister sur le caractère personnel et sur l'origine contractuelle ou quasi-contractuelle de toute les actions qui viennent d'être présentées comme *bonæ fideï?* Il me suffit, à coup sûr, pour achever ma démonstration, d'établir que les actions *bonæ fidei* sont toujours *conceptæ in jus* : or c'est ce qui paraît résulter de la comparaison des deux formules de l'action *depositi* que nous trouvons dans Gaius (IV, § 47). Les mots *ex bona fide* qui caractérisent extérieurement l'action *bonæ fidei* figurent dans la formule *in jus* et ne figurent pas dans la formule *in factum*. Il est probable que cette différence n'est pas accidentelle et doit être généralisée.

Il faut maintenant démontrer ou tout au moins rendre très vraisemblable que les actions *stricti juris*, elles aussi, sont essentiellement personnelles, contractuelles et *conceptæ in jus*. Deux observations me serviront de point de départ : c'est d'abord que toutes les actions unanimement reconnues pour être *stricti juris*, par exemple celles qui résultent d'un *mutuum*, d'un contrat *litteris*, d'une *stipulatio certa*, sont des *condictiones*, et en outre que nous ne connaissons aucune *condictio* qui soit *bonæ fidei* (2). On peut donc poser en règle que toute *stricti juris actio* est une *condictio* et que toute *condictio* est *stricti juris* (3). L'équivalence des deux expressions une fois admise, j'aurai atteint mon but, si je prouve que les trois caractères précédemment constatés dans toutes les *bonæ fidei actiones* se retrouvent aussi dans toutes les *condictiones*. Or nous avons ici une définition précieuse qui nous est donnée par Gaius (IV, 45) : les *condictiones*, dit-il, sont les actions *in personam quibus dari fierive oportere intenditur* (4). Deux points sont ainsi mis hors de doute : les *condictiones* sont évidemment personnelles, et elles ont une formule *in jus;* car les for-

(1) D'autres textes établissent que dès l'époque classique les actions *commodati*, *pignoratitia*, *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo* étaient de bonne foi (L. 4 § 2; L. 14 § 1 ; L. 24 pr., *Comm. div.*, X, 3, — L. 3 § 2 ; *Comm.*, XIII, 6. — L. 9, C., *Fam. erc.*, III, 36). — L. 6, C., *De pign. act.*, IV, 24). Je prouverai bientôt par des textes que la même doctrine, quoique cela soit contesté par quelques interprètes, était vraie de l'action *præscriptis verbis*.

(2) Sur ce dernier point on oppose la loi 19 § 2, *De precario* (XLIII, 26), où l'action *præscriptis verbis*, qui est de bonne foi, est représentée comme étant aussi une *condictio*. Je me suis déjà expliqué sur ce texte (T. II, page 432, note 2).

(3) On s'explique ainsi l'extrême rareté des expressions *stricti juris actio*, *strictum judicium*. En dehors des Institutes (§§ 28 et 30, *De act.*), je ne les trouve que dans deux textes (L. 3 § 2, *Comm.*, XIII, 6. — L. 5 § 4, *De in lit. jur.*, XII, 3).

(4) Voir ce que j'ai dit de ce texte (T. II, p. 961, note 2).

mules *in factum*, nous le savons, ne contiennent pas les mots *dare facere oportere*, elles substituent la mention d'un fait à l'expression d'un droit (nos 759 et 794). Mais une action pénale, une action qui par conséquent n'a pas son origine dans un contrat ou dans un quasi-contrat, ne peut-elle pas appartenir à la catégorie des *condictiones?* Ici le texte de Gaius ne nous dit plus rien; tout ce que nous en pouvons légitimement conclure, c'est que l'action *furti* n'est pas une *condictio*, puisque son *intentio* porte *damnum pro fure decidere oportere* (T. II, p. 868, note 4) (1). Toutefois un motif général me détermine à refuser absolument aux actions pénales le caractère de *condictiones :* c'est la corrélation évidente qu'il y a entre l'idée de *creditum* et l'idée de *condictio*. Cette corrélation ressort d'une rubrique bien connue, celle du titre *De rebus creditis, si certum petatur, et de condictione* (Dig., XII, 1). Elle ressort également de ce que tant au Digeste qu'au Code les titres qui traitent des diverses *condictiones* suivent le titre général relatif aux *res creditæ* (Dig., XII, 1 et s.; XIII, 1 et s. — Cod., IV, 1 et s.). Or nous avons vu que *res credita* et *creditum* ne désignent jamais ce qui est dû en vertu d'un délit (T. II, p. 200, note 1). C'est donc que la *condictio* sanctionne essentiellement des obligations contractuelles ou quasi-contractuelles (2).

869. Les caractères communs à nos deux classes d'actions étant ainsi déterminés, il nous reste à rechercher en quoi elles se distinguent l'une de l'autre. Tout d'abord, si l'on considère la rédaction de la formule, une différence profonde apparaît. L'action, en effet, est-elle *stricti juris* : *l'intentio* porte seulement *si* ou *quidquid paret dare oportere* (Gaius, IV, § 5). L'action est-elle *bonæ fidei* : à la suite des mots *dare oportere*, on trouve, en règle générale, ceux-ci *ex fide bona*, et dans deux cas spéciaux des mots équivalents (Gaius, IV, § 47. — Cic., *Top.*, 17; *De off.*, III, 15) (3). Ainsi dans l'action *stricti*

(1) Sur l'action *injuriarum* on peut faire un raisonnement semblable. Rien ne prouve qu'elle ne contienne pas les mots *dare oportere*. Mais comme elle est *in bonum et æquum concepta*, elle contient sans doute quelque chose de plus, et alors elle ne rentre pas dans les *condictiones* (Voir plus loin, page 1150, note 1).

(2) En sens contraire, on produit, il est vrai, un texte d'après lequel la *condictio certi* compète *ex lege Aquilia* (L. 9 § 1, *De reb. cred.*, XII, 1). Mais sûrement cela ne peut signifier que l'action de la loi *Aquilia* soit une *condictio*; car c'est d'une *condictio certi* qu'il s'agit dans ce texte, et l'action de la loi Aquilia, à raison de la façon dont s'apprécie le dommage, doit être *incerta*. La pensée du jurisconsulte est donc probablement que le délit de la loi *Aquilia* peut avoir enrichi son auteur, et cet enrichissement servir de base à une *condictio*.

(3) Ces deux cas spéciaux sont, d'après Cicéron, les actions *fiduciæ* et *rei uxoriæ*.

juris le juge statue d'après les règles du droit pur; dans l'action *bonæ fidei*, il tempère ces règles par les données de l'équité, ou pour mieux dire, l'observation de l'équité devient elle-même une règle de droit. Mais cette différence ne s'explique pas par elle-même. Le criterium qu'on pourrait être tenté d'y trouver serait deux fois insuffisant, comme purement empirique et n'ayant de sens que sous la procédure formulaire. Comment le magistrat sera-t-il fixé sur la manière dont il doit rédiger la formule? Et sous le règne de la procédure extraordinaire, comment le juge saura-t-il s'il doit ou non statuer d'après le droit pur? Voilà les questions auxquelles un criterium vraiment rationnel doit répondre. Or tout ici dépend de la nature du contrat d'où dérive l'action. Ce contrat est-il synallagmatique, l'action sera *bonæ fidei*. Est-il unilatéral, elle sera *stricti juris*. Que tel soit bien le sens de notre classification, cela ne sera pas long à établir. Quand Gaius (III, § 137) et après lui Justinien (pr., *De cons. obl.*, III, 22) veulent donner une idée générale de l'effet des contrats consensuels, ils les présentent comme engendrant à la charge de chaque partie des obligations qui se déterminent *ex æquo et bono*. Ici donc la liaison du caractère synallagmatique et du caractère de bonne foi est manifeste. Mais cette liaison cesserait-elle en dehors des contrats consensuels? Jugeons-en par deux passages de Cicéron. Le rôle des Jurisconsultes, dit-il, a été surtout considérable en ce qui concerne les actions de bonne foi; par eux ont été analysées les obligations réciproques d'où elles dérivent, et cette analyse a formé la doctrine (Top., 17). Ailleurs il se demande quel est l'office d'un bon juge dans les actions *bonæ fidei*, et il le fait consister à tenir compte en sa sentence de ce que les parties se doivent l'une à l'autre (*De off.*, III, 17). Gaius, (IV, §§ 61) parle un langage semblable et encore plus précis. Dans les actions de bonne foi, dit-il, les parties peuvent être obligées l'une envers l'autre *ex eadem causa*, le juge apprécie ces obligations, et faisant une compensation, ne condamne le défendeur qu'à l'excédent de ce qu'il doit sur ce qui lui est dû (1). Enfin un coup d'œil jeté sur la liste des actions de bonne foi

Dans l'une les mots consacrés sont *ut inter bonos bene agier oportet*, dans l'autre *quod æquius melius*. Deux textes du Digeste font allusion à la rédaction particulière de l'action *rei uxoriæ* (L. 66 § 7, *Sol. mat.*, XXIV, 3. — L. 82, *De sol.*, XLVI, 3).

(1) Les Institutes (§ 30 *sup.*), reproduisant le texte de Gaius, en ont retranché les mots *ex eadem causa* qui lui donnaient sa signification spéciale. Cette suppression s'explique, nous le verrons plus loin, par les principes que Marc-Aurèle avait introduits relativement à la compensation.

confirme ces textes : toutes dérivent de contrats synallagmatiques, et en sens inverse nous ne voyons pas qu'aucun contrat de cette nature ait pour sanction régulière une *condictio* (1).

Recherchera-t-on maintenant ce qui détermine le caractère unilatéral ou synallagmatique d'un contrat? Plusieurs fois déjà j'ai eu l'occasion d'indiquer la réponse que cette question comporte (n[os] 499, 580, 590, 594, 600). Si nous nous attachons d'abord aux contrats proprement dits, il y en a trois, la stipulation, le contrat *litteris* et le *mutuum*, où les effets du consentement sont déterminés et limités soit par des solennités de paroles ou d'écritures, soit par un élément réel qui a toute la valeur d'une solennité. Là rien n'est dû que ce qui est contenu dans la *stipulatio*, dans l'*expensum* ou dans le *datum*. Ces contrats sont donc unilatéraux; car un seul stipule, un seul fait l'*expensilatio*, un seul donne, et cela s'entend avec une telle rigueur qu'en principe le dol lui-même ne soumet le créancier à aucune responsabilité contractuelle. Quant aux autres contrats, la volonté des parties y conserve son libre jeu, ils sont donc synallagmatiques. Une distinction analogue

(1) Les actions *bonæ fidei* ne doivent pas être confondues avec certaines actions d'une nature anomale et qu'on appelle *in bonum et æquum conceptæ*. Le trait général qui caractérise ces dernières, comme le prouvent les textes qui vont être cités, c'est de ne reposer sur aucun intérêt pécuniaire, d'où il s'ensuit que la condamnation y est appréciée avec une latitude que le juge n'a pas ailleurs, et que jusqu'à la *litis contestatio* elles ne comptent pas dans notre patrimoine et ne se transmettent pas à nos héritiers. Comme telles nous trouvons mentionnées quatre actions spéciales, l'action *de sepulcro violato* qui est populaire, l'action *injuriarum*, l'action *de dejectis et effusis*, dans l'hypothèse particulière où un homme libre a été blessé, mais non tué, enfin l'action résultant du dommage causé à une personne libre par certains animaux placés sur la voie publique (L. 5 § 5, *De his qui eff.*, IX, 3. — L. 34 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7. — L. 11 § 1; L. 18 pr.; L. 28, *De inj.*, XLVII, 10. — L. 3 pr., L. 10, *De sep. viol.*, XLVII, 12. — Inst., § 1, *Si quadr.*, IV, 9). Dans la même catégorie je suis porté à croire que l'on faisait rentrer toutes les actions populaires, excepté celles où la loi elle-même fixait d'avance le montant de la condamnation (Inst., § 1, *De obl. quæ ex del.*, IV, 5). Enfin l'action *rei uxoriæ* nous est présentée par Gaius comme *concepta in bonum et æquum* (L. 8, *De cap. min.*, IV, 5), et cela tient sans doute à ce que dans le principe l'obligation de restituer la dot n'existait en aucun cas. La femme faisait moins valoir un droit pécuniaire qu'un intérêt moral, l'intérêt qu'elle avait à pouvoir vivre et se remarier. Mais cette action dut changer de caractère le jour où la restitution de la dot fut soumise à des règles fixes. Dès lors l'action *rei uxoriæ* eut pour cause un véritable droit pécuniaire, elle fut réputée dériver d'un contrat et put être classée parmi les actions de bonne foi. Toutefois par la façon dont elle avait été originairement comprise nous nous expliquons la rédaction particulière de son *intentio*, et nous comprenons pourquoi elle ne naît jamais en la personne des héritiers de la femme, et pourquoi elle s'éteint quand la femme meurt après le divorce sans avoir mis son mari en demeure.

doit être faite relativement aux quasi-contrats. S'agit-il d'un legs ou du payement de l'indû : une seule personne est liée, parce que l'obligation résulte, dans le premier cas, d'une formule solennelle, et dans le second, d'un élément réel tout pareil à celui que suppose le *mutuum*. Rien de tel dans les quasi-contrats de gestion d'affaires, de tutelle et d'indivision, ils sont donc synallagmatiques. Ainsi le caractère unilatéral de certains contrats ou quasi-contrats, avec le sens absolu que les Romains lui attribuent, n'est qu'une suite naturelle de leur système sur la formation des obligations, mais ce système lui-même était artificiel, et par conséquent ni leur notion du contrat unilatéral ni leurs actions *stricti juris* ne comptaient dans la portion de leur héritage que notre législation devait accepter (1).

870. Si la théorie que je viens d'exposer est exacte, plusieurs difficultés vont être facilement tranchées : 1° d'après les Institutes (§ 28 *sup.*), on discutait autrefois si la *petitio hereditatis* devait être classée parmi les actions de bonne foi. Une telle controverse ne se comprend pas,

(1) Sur la distinction des actions *bonæ fidei* et *stricti juris*, il y a plusieurs opinions différentes de celle que j'adopte : 1° les actions *bonæ fidei* dériveraient du *jus naturale*, et les actions *stricti juris* du *jus civile*. Si l'on veut simplement dire qu'un élément artificiel détermine la portée de celles-ci et non de celles-là, on est dans le vrai. Mais on n'y est plus, si l'on prend les expressions *jus naturale* et *jus civile* dans leur sens ordinaire. Ainsi la *condictio indebiti* se rattache certainement au droit naturel et pourtant elle est bien *stricti juris* (L. 64, *De cond. ind.*, XII, 6). Pareillement le *mutuum* et la stipulation engendrent des actions *stricti juris*, et pourtant le *mutuum* appartient au *jus naturale*, et il faut en dire autant de la stipulation, quand elle n'est pas conçue dans la forme *spondes*, *spondeo* (Inst., § 2, *De jur. nat.*, 1, 2. — n° 497) ; 2° les actions seraient *stricti juris* ou *bonæ fidei*, selon que leur formule est *certa* ou *incerta*. En ce sens on allègue deux formules d'action *ex stipulatu* contenues dans la loi Rubria (cap. 20) ; ces formules, en effet, sont *incertæ* et portent les mots *ex fide bona*. Mais on remarquera qu'elles se rapportent à l'hypothèse d'un *damnum infectum*, et tout ce qu'on en peut conclure, c'est que la *stipulatio damni infecti*, comme probablement toutes les stipulations prétoriennes, contenait une *clausula doli*, en d'autres termes le promettant s'engageait à se comporter selon la bonne foi. Cela étant, le préteur, qui insérait les mots *ex bona fide* dans la formule de l'action, ne faisait que la calquer sur celle de la stipulation. Le droit strict lui-même exigeait ici que la bonne foi fût prise en considération; 3° les actions *stricti juris* ou *condictiones* auraient leur principe dans une dation réelle ou fictive, elles tendraient à obtenir la restitution d'une chose aliénée et remplaceraient la revendication devenue impossible. L'action *bonæ fidei*, au contraire aurait pour objet une prestation nouvelle ; elle ne dériverait pas d'un transport de propriété et ne suppléerait pas à la revendication. Nous verrons bientôt si le principe des *condictiones* ainsi entendu ne soulève pas plusieurs objections assez fortes et même décisives. Pour le moment, je me borne à faire remarquer que l'action *rei uxoriæ* suppose bien, en règle générale, une dation, et qu'elle n'aurait pas grande raison d'être si la femme pouvait revendiquer. Cependant elle n'est pas *stricti juris*.

puisque cette action est *in rem* (n° 813) et que les actions *in rem* sont en dehors de notre classification. Si ce motif général ne paraît pas assez concluant, en voici un autre : les *bonæ fidei actiones* ont toujours une *intentio incerta* et ne comportent pas la *plus petitio*; or nous trouvons tout le contraire dans la *petitio hereditatis* : en principe elle est *certa*, et la *plus petitio* y est possible (L. 1 § 5, *Si pars her. pet.*, V, 4). La véritable question discutée était donc moins générale que ne le prétendent les Institutes. Il s'agissait simplement de savoir si, pour que le juge tînt compte des retenues que le possesseur avait le droit d'exercer, il fallait absolument que l'exception de dol eût été insérée dans la formule (n° 816 *in fine*). Ceux qui la sous-entendaient attribuaient ainsi à la *petitio hereditatis* un des effets de l'action de bonne foi; mais ils ne disaient pas pour cela qu'elle fût de bonne foi (1). Cette difficulté, au surplus, si elle ne disparut pas avec le système formulaire, se présenta nécessairement sous une forme différente. Le doute ne pouvait plus porter que sur le moment précis où l'exception devait être opposée. Justinien le fit cesser en classant la *petitio hereditatis* parmi les actions de bonne foi (L. 12 § 3, C., *De pet. her.*, III, 31). Par cette décision, peu sensée dans sa généralité et dont je ne crois pas que l'on doive déduire beaucoup de conséquences, il méconnaissait les anciens principes et préparait l'erreur de bien des interprètes qui ont cru que toute action est nécessairement ou *stricti juris* ou *bonæ fidei*.

2° Les contrats innommés étant toujours synallagmatiques (T. II, p. 572, note 1), l'action *præscriptis verbis* qui les sanctionne doit être de bonne foi dans toutes ses applications, et non pas seulement, comme les Institutes paraissent le dire, dans les deux cas d'échange et d'*æstimatum* (§ 28 *sup.*) (2). Donc de deux choses l'une : ou Justinien

(1) Cependant la *petitio hereditatis* offre quelques autres traits de ressemblance avec les actions de bonne foi (L. 16 pr., *De her. pet.* — T. II, p. 898, note 2).

(2) D'après quelques interprètes, l'action *præscriptis verbis* ne serait ni essentiellement de bonne foi, ni *stricti juris* en principe et sous la réserve des exceptions signalées dans les textes; mais on devrait dans chaque cas examiner si le contrat innommé qu'elle sanctionne présente de l'analogie avec un contrat de bonne foi ou avec un contrat *stricti juris*. Ce point de vue intermédiaire est tout à fait inacceptable. Où a-t-on vu, en effet, qu'une action change de nature selon les circonstances? Puis, quel est donc le contrat innommé qui ressemble à un contrat *stricti juris?* On a bien cité l'hypothèse suivante : quelqu'un me donne une chose pour la vendre et en garder le prix à titre de *mutuum*. Je ne vends pas, ou ayant vendu je ne veux plus emprunter. C'est par l'action *præscriptis verbis* que la restitution de la chose ou du prix me sera demandée (L. 19 pr., *De præscr. verb.*, XIX, 5). Or, dit-on, notre espèce est analogue au *mutuum*. Mais il me semble qu'elle se

ne cite ces deux contrats qu'à titre d'exemples, ou il se trompe. Deux textes viennent confirmer la déduction que je tire des principes généraux. L'un nous montre que l'action *præscriptis verbis* est de bonne foi au moins dans un troisième cas, celui où elle est exercée en vertu d'un *precarium* (L. 2 § 2, *De prec.*, XLIII, 26); et l'autre paraît bien lui attribuer ce caractère d'une façon absolue (L. 1 pr., *De æstim.*, XIX, 3) (1). Comme complément de démonstration, j'ajouterai que l'on applique ici, en ce qui concerne la responsabilité des fautes, la théorie que j'ai exposée comme propre aux actions *bonæ fidei* (L. 17 § 2, *De præscr. verb.*).

3° Quelques interprètes veulent que l'action *rei uxoriæ* ne soit ni *bonæ fidei* ni *stricti juris* (2). Cependant plusieurs textes formels la rangent parmi les actions de bonne foi (§ 29 *sup.* — L. 36, *De pec.*, XV, 1. — L. 21, *Sol. matr.*, XXIV, 3); et, pour avoir le droit de leur refuser ainsi toute autorité, il faudrait pouvoir nier qu'elle dérive d'un contrat synallagmatique, mais cela est difficile. Que signifient, en effet, les *retentiones* du mari, si ce ne sont pas des créances qui se rattachent à la même cause que son obligation de restituer? Il y a d'ailleurs en ce sens un texte bien précis de Cicéron : *quid virum uxori, quid uxorem viro præstare oporteret tradiderunt* (*Top.*, 17). Ce langage est également celui du jurisconsulte Marcien (L. 5, *De dot. rel.*, XXXIII, 4).

4° Nous avons vu que Justinien, supprimant l'action *rei uxoriæ*,

rapproche bien plutôt du dépôt ou du mandat. Une opération qui a pour but de préparer un *mutuum* ne ressemble pas pour cela au *mutuum*. La ressemblance serait beaucoup plus réelle dans l'espèce prévue par la loi 24, *De præscriptis verbis*. Je vous remets une somme de trente, en convenant que vous me devrez des intérêts de six pour cent; que sur ces intérêts, et au besoin sur le capital, vous payerez un impôt qui est à ma charge, et que, s'il y a lieu, vous me rendrez le surplus des intérêts. Eh bien ! cette hypothèse elle-même est comparée au mandat, et ce qui est décisif, Africain décide que l'excédent des intérêts sur les impôts payés me sera dû, quoique non stipulé.

(1) Cette interprétation du texte cité suppose qu'on y retranche le mot *æstimatoriam* (T. II, p. 583, note 2).

(2) Le silence de Gaius ne prouve rien en faveur de cette doctrine (T. II, n° 868, p. 1146, note 2). Alléguera-t-on avec plus de succès la rédaction particulière de l'action *rei uxoriæ?* Non, évidemment, puisque l'action *fiduciæ*, que tout le monde reconnaît être *bonæ fidei*, n'est pas non plus rédigée dans la forme ordinaire de ce genre d'actions. On objecte encore, il est vrai, que l'action *rei uxoriæ* est *in bonum et æquum concepta*. Mais, comme je l'ai déjà dit, c'est seulement à l'origine que ce caractère lui appartint dans toute sa pureté; le principe d'où il dérivait disparut, laissant toutefois quelques traces, et la vérité me paraît être que l'action *rei uxoriæ* est de bonne foi entre toutes les actions de bonne foi (L. 6 § 2; L. 12 § 1, *De jur. dot.*, XXIII, 3. — L. 6, C., *Sol. matr.*, V, 18).

sous-entendit dans toute constitution de dot une stipulation de restitution et la sanctionna par une action *bonæ fidei* (n° 836). A coup sûr, en décidant aussi, il dénaturait l'idée que les anciens se faisaient du contrat de stipulation, et lui-même ne peut s'empêcher de remarquer que cette hypothèse est la seule où l'action *ex stipulatu* soit *bonæ fidei* (Inst., § 39, *De act.*). Mais cela veut-il dire que l'innovation de ce prince mérite toutes les critiques dont elle a été l'objet ? En aucune façon; car Justinien ne pouvait changer la nature des choses, il ne pouvait pas faire que la constitution de dot n'engendrât pas des obligations réciproques entre les époux. Peut-être eût-il usé d'un procédé plus correct s'il avait laissé à l'action *rei uxoriæ* sa vieille dénomination tout en en modifiant les règles. Quoi qu'il en soit à cet égard, l'anomalie n'est que dans la forme et non dans le fond. Du moment que la dot ne pouvait plus être redemandée que par l'action *ex stipulatu*, il fallait que cette action fût de bonne foi (1).

II. — DES PRINCIPAUX INTÉRÊTS PRATIQUES ATTACHÉS A LA DISTINCTION DES ACTIONS *bonæ fidei* ET *stricti juris*.

871. Avant tout, il faut se garder ici de deux erreurs. L'une consisterait à s'imaginer que dans les actions *stricti juris* on écarte systématiquement les considérations d'équité. La fausseté d'une telle idée est démontrée d'avance par les explications déjà données sur la façon dont s'interprètent les stipulations. Nous avons vu, en effet, qu'autant que le permettent les termes du contrat, on recherche et on suit l'intention des parties (n° 499), que parfois même on sous-entend ce qu'elles n'ont pas exprimé (n°s 520 et 527). La seconde erreur consisterait à croire qu'en sens inverse le juge de l'action *bonæ fidei* ne soit assujetti à aucune espèce de règles. Si cela était exact, les mots *dare oportere*, qui figurent dans l'*intentio* de la formule, n'auraient plus aucun sens. Ces mots nous indiquent bien que même ici

(1) On peut dire que la stipulation sous-entendue au profit de la femme est réputée contenir la *clausula doli*, de sorte qu'elle doit donner un résultat semblable à celui des stipulations prétoriennes. Or, ces stipulations, grâce à la *clausula doli*, engendrent des actions qui équivalent, ou peu s'en faut, à des actions *bonæ fidei*. Si on les qualifie *stricti juris*, ce n'est que par respect pour les usages de la langue uridique. Justinien s'affranchit ici de ce respect, mais le bon sens et la vérité n'ont rien à lui reprocher.

le juge n'est pas abandonné à son propre arbitraire et ne fait pas le droit (L. 37, *De verb. sign.*, L, 16).

L'intérêt le plus essentiel de notre distinction est celui-ci : régulièrement, l'action *stricti juris* ne soumet à l'examen du juge qu'un seul rapport de droit. La créance alléguée dans l'*intentio* existe-t-elle, et quel en est le montant ? Telle sont les seules questions qu'il ait et qu'il puisse avoir à résoudre, puisque l'action *stricti juris* dérive d'un fait qui par sa nature n'oblige que l'une des parties. Tout au contraire, dans les actions *bonæ fidei*, et précisément parce qu'elles sont fondées sur un contrat synallagmatique, la mission naturelle du juge consiste à embrasser à la fois les deux rapports de droit qui se rattachent à la cause de l'action. En d'autres termes, lorsque le défendeur prétend avoir une créance corrélative à son obligation et née du même contrat, par exemple c'est un commodataire qui allègue des dépenses faites pour la conservation de la chose, la bonne foi veut que le juge examine cette prétention, et que, s'il la reconnaît juste, il apprécie en argent les droits des deux parties et opère une compensation dont on devine aisément les résultats. La créance du demandeur est-elle supérieure à sa dette, une condamnation est prononcée pour le surplus; les deux obligations sont-elles exactement égales, il y a absolution; enfin, est-ce la créance du défendeur qui l'emporte, non seulement il se retire absous de l'instance engagée, mais il conserve le droit d'agir en vertu de son contrat pour obtenir ce qui lui reste dû, car sa créance n'a pas été déduite *in judicium* (Gaius, IV, § 61. — L. 18 § 4, *Comm.*, XIII, 6. — L. 1 § 4, *De contr. tut.*, XXVII, 4) (1). La différence que je constate entre nos deux classes d'actions nous est présentée aux Institutes comme beaucoup plus générale. Le juge de l'action *bonæ fidei*, disent-elles, doit tenir compte de toutes les obligations du demandeur envers le défendeur, et non pas seulement de celles qui dérivent de la même cause que l'action (§ 30, *De act.*) (2). Cette doctrine était vraie, en effet, depuis Marc Aurèle. Ce prince ayant décidé que tout débiteur pourrait opposer la compensation même *ex diversa causa*, et cela par

(1) Le second texte cité met en relief la nécessité des actions contraires. Tout d'abord, on serait porté à les croire inutiles, parce que les droits qui en font l'objet peuvent être opposés par voie de défense à l'action directe. Mais le défendeur à cette action peut, comme je viens de le supposer, avoir des droits supérieurs à ses obligations, et alors, soit que son adversaire agisse ou n'agisse pas, lui-même est intéressé à agir; il l'est également lorsque sa créance n'a pas été prise en considération dans l'action directe, lorsqu'il a satisfait à l'amiable ou que la chose par lui due a péri fortuitement,

(2) Voir plus haut, page 1149, note 1.

la voie d'une exception *doli mali*, on dut combiner cette décision nouvelle avec la règle ancienne qui réputait l'exception de dol sous-entendue dans les actions de bonne foi. On arrivait ainsi, très-logiquement, à cette conclusion que le juge n'avait pas besoin d'un pouvoir exprès pour compenser une dette quelconque avec une créance dont le recouvrement était poursuivi par une action de bonne foi.

872. D'autres différences,secondaires, si l'on veut, mais néanmoins fort importantes, doivent être relevées entre nos deux classes d'actions. Un grand nombre subsistent encore sous Justinien; mais plusieurs avaient disparu depuis plus ou moins longtemps, par l'effet d'une tendance naturelle à supprimer l'antagonisme de l'équité et du droit pur. Toutes du reste se rattachent à une seule idée générale : c'est que, soit qu'il s'agisse de constater l'existence du droit, d'en apprécier l'étendue ou d'en déterminer la sanction, les pouvoirs du juge sont beaucoup plus larges dans l'action *bonæ fidei* que dans l'action *stricti juris*. Voici, parmi ces différences, les principales :

1° En dehors des actions de bonne foi, c'est une règle absolue que toute exception qui n'a pas été insérée dans la formule est perdue et ne peut être plaidée devant le juge. Les actions *bonæ fidei* échappent à cette règle non pas entièrement, mais du moins en ce qui concerne la plus importante des exceptions, celle de dol, et aussi celles qui peuvent être converties en une exception de dol. Je reviendrai sur cette particularité, qui disparut avec la procédure formulaire (n° 897).

2° Dès l'origine, la portée régulière d'une action *bonæ fidei* put être modifiée de plein droit par un pacte adjoint *in continenti*. Cette règle fut-elle jamais étendue aux actions *stricti juris ?* Des interprètes fort autorisés le contestent; ce que l'on ne peut nier, c'est qu'elle n'y prévalut que tard et sous une réserve relative au pacte d'intérêts qui accompagne le prêt d'argent (nos 645 et 646).

3° Nous savons que la responsabilité du dol et de la faute donne lieu à deux théories toutes différentes, selon que l'action est *bonæ fidei* ou *stricti juris* (nos 663 et 664).

4° Pareillement, nos deux classes d'actions ont des règles différentes en ce qui concerne l'obligation aux intérêts. Dans les actions *bonæ fidei*, les intérêts sont alloués au demandeur à partir de la *mora* de son adversaire, et même,si l'équité l'exige, indépendamment de toute *mora*, ce qui fait dire aux jurisconsultes que relativement aux intérêts l'office du juge a ici la même puissance qu'une stipulation (L. 7, *De neg. gest.*, III, 5. — L. 24, *Dep.*, XVI, 3. — L. 32 § 2, *De usur.*, XXII, 1).

Cette façon de parler suffit à nous indiquer que dans les actions *stricti juris* les intérêts ne sont jamais dus qu'autant qu'ils ont été stipulés (1), et c'est ce que constatent expressément bien des textes (L. 24, *De præscr. verb.*, XIX, 5. — L. 22, *De don.*, XXXIX, 5. — LL. 3 et 4, C., *De usur.*, IV, 32). La *mora* elle-même ne les fait pas courir (2); car si elle peut perpétuer l'obligation qui résulte de la *res* ou des *verba*, comment la grossirait-elle (3)? A cette différence se rattachent assez naturellement les deux observations suivantes : 1° les intérêts stipulés forment l'objet d'une obligation distincte et donnent lieu à une demande spéciale qui ne se confond pas avec la demande du capital (L. 8, *De eo quod cert. loc.*, XIII, 4. — L. 75 §§ 9, *De verb. obl.*, XLV, 1). Au contraire, les intérêts qui, non stipulés, peuvent être compris dans la condamnation prononcée sur l'action *bonæ fidei*, ne sauraient être poursuivis par une action distincte; le créancier y renonce donc en recevant à l'amiable le payement du capital. Aussi dit-on qu'ils ne sont pas compris *in obligatione* et ne s'obtiennent que grâce à *l'officium judicis*, c'est-à-dire à titre d'accessoire (L. 49 § 1, *De act. empt.*, XIX, 1. — L. 13, C., *De usur.* — L. 4, C., *Dep.*, IV, 34); 2° le taux de intérêts stipulés est fixé par les parties elles-mêmes dans les limites déterminées par la loi, et si elles ne se sont pas expliquées à cet égard, la stipulation est nulle (L. 31, *De usur*); dans les actions *bonæ fidei*, au contraire, c'est le juge lui-même qui apprécie le taux des intérêts alloués en vertu de son *officium*, et pour cela, conformément à une règle qui sera posée tout à l'heure, il consulte les usages du lieu où l'obligation a pris naissance (L. 1 pr.; L. 37, *De usur.*) (4).

(1) Je laisse de côté l'obligation naturelle qu'engendre une simple convention d'intérêts (n° 644).

(2) Les intérêts ne sont-ils pas dus *ex lite contestata?* Je me suis déjà expliqué à cet égard (T. II, page 891, note 3).

(3) Aussi ne sont-ils pas dus, même dans la *condictio ob turpem causam* (L. C., *De cond. ob turp. caus.*, IV, 7).

(4) L'occasion se présente ici de donner quelques explications sur le taux des intérêts. On les appelle *fœnus*, *usura* ou *versura*, par opposition au capital, qu'on appelle *sors* ou *caput*. Tacite (*Ann.*, VI, 16) nous apprend que jusqu'à la loi des Douze tables une liberté absolue régna en cette matière, mais que les décemvirs établirent un maximum que l'intérêt annuel ne pourrait dépasser (*legitima usura*) : ce fut l'*unciarium fœnus*, expression très claire certainement pour les contemporains de Tacite, mais fort obscure pour nous. Un premier point me paraît certain, quoiqu'on l'ait contesté : c'est qu'il s'agit ici de l'année solaire, qui était en usage depuis le règne de Numa, et non de la primitive année de dix mois. Toute la difficulté consiste à savoir ce que c'est que *l'unciarium fœnus*. Pour un certain nombre d'interprètes, ce serait seulement le centième du capital; mais cela ren-

5° Dans les actions *bonæ fidei*, la règle est la même pour les fruits que pour les intérêts (L. 34, *de usur.*). Le défendeur en est donc comptable du jour de sa *mora*, et souvent même sans *mora* (L. 38 §§ 8, 9, 14 et 15, *De usur.*). Quant aux actions *stricti juris*, elles

drait inexplicables les fréquentes agitations populaires que provoqua l'exagération de l'intérêt. Il faut donc choisir entre deux autres opinions qui comptent également de nombreux suffrages : l'*unciarium fœnus* serait, d'après les uns, un intérêt égal au douzième du capital, et d'après les autres un intérêt de douze pour cent. Postérieurement aux Douze tables, l'intérêt fut tantôt réduit, tantôt supprimé : une loi Génucia, de l'année 413, le proscrivit absolument, au moins en matière de prêts (Tacite, *loc. cit.* — Tit. Liv., VI, 35; VII, 27 et 43. — App., *De bell. civ.*, I, 54). Ce qui est certain, c'est que dans les derniers temps de la république le taux le plus élevé des intérêts licites s'appelait *centesima usura* (Cic., *Ad Att.*, I, 12; V, 21; VI, 1), et ce taux subsista jusqu'à Justinien. La *centesima usura*, beaucoup de textes le prouvent, était de douze pour cent (L. 40, *De reb. cred.*, XII, 1. — Pline, *Ep.*, X, 63. — St. Ambr., *De Tob.*, 12 et 19), et elle tirait son nom de l'usage où l'on était de payer les intérêts par douzièmes, aux calendes de chaque mois, de telle sorte que chaque payement comprenait une somme égale au centième du capital. Les lettres précitées de Cicéron témoignent que la *centesima usura* paraissait rigoureuse, et en fait la plupart des créanciers se contentaient des *semisses usuræ*, c'est-à-dire de six pour cent (Colum., *De re rust.*. III, 3). Je rappelle, au surplus, que dans le *nauticum fœnus* les parties fixaient librement le taux des intérêts (n° 592); et il faut savoir que d'après la législation du Bas-Empire, les capitaux dus en vertu d'une condamnation qui n'avait point été exécutée dans les deux mois produisaient de plein droit un intérêt égal au double de la *centesima usura*, (L. 2, C., *De us. rei jud.*, VII, 54). Justinien réduisit le maximum de l'intérêt à six pour cent, mais à cette règle générale il apporta plusieurs exceptions : les *illustres* et les personnes d'un rang plus élevé ne purent stipuler que quatre pour cent; en sens inverse, le taux de huit pour cent fut autorisé au profit des commerçants, et celui de douze pour cent dans le *nauticum fœnus* (L. 26 § 1, C., *De usur.*, IV, 32). Le même intérêt de douze pour cent fut dû de plein doit pour les capitaux compris dans une condamnation non exécutée au bout de quatre mois (L. 3 § 1, C., *De usur. rei jud.*). — Reste à examiner rapidement trois questions : 1° quelles étaient les conséquences d'une stipulation d'intérêts usuraires? La loi des Douze tables prononçait contre l'usurier une peine du quadruple (Cat., *De re rust.*, proœm. — Pseudo-Asconius, *Ad Cic.*, *Div. in Cec.*, 7 § 24). Cette disposition, probablement abrogée ou tombée en désuétude, fut rétablie en l'année 386 de l'ère chrétienne (L. 2, C. Th., *De usur.*, II, 33), mais elle ne se retrouve pas dans la compilation de Justinien. Ce prince aima mieux conserver la peine de l'infamie, déjà admise par Dioclétien (L. 20, C., *Ex quib. caus. inf.*, II, 12). Au surplus, les intérêts indûment stipulés ne pouvaient être exigés, et s'ils avaient été payés, ils s'imputaient sur le capital ou donnaient lieu à répétition (L. 20, *De usur.* Paul, II, 14 § 2). Mais cette répétition supposait-elle une erreur? Nonobstant un texte de Paul, que je crois altéré, cela est peu probable; car il s'agit ici d'une *condictio ex injusta causa*, et non pas d'une simple *condictio indebiti* (Paul, II, 14 § 4). Anciennement, la restitution des intérêts usuraires était peut-être garantie par une *manus injectio pura* (Gaius, IV, § 23. — T. II, page 843, note 1); 2° pouvait-on stipuler les intérêts des intérêts, ce que nous appelons et ce que déjà Cicéron appelait anatocisme (*Ad. Att.*, V, 21)? Plusieurs textes constatent qu'il y avait ici une prohibition. (L. 27, *De re jud.*, XLII, 1. — L. 20, C., *Ex quib. caus. inf.*, II, 12). Mais elle

comportent une distinction : si le demandeur tend à recouvrer la propriété d'une chose qu'il a aliénée, les fruits lui sont dus *ex mora*; sinon, il ne les obtient qu'à partir de la *litis contestatio* (L. 38 §§ 1, 2, 3 et 7, *De usur.* — n° 772 *in fine*).

6° Dans les actions *bonæ fidei*, on présume, jusqu'à preuve contraire, que les parties ont entendu suivre les usages du pays où elles contractaient (1) ; le juge en tient donc nécessairement compte (L. 31 § 20, *De æd. ed.*, XXI, 1,), tandis que dans les actions *stricti juris* les usages ne peuvent jamais prévaloir sur l'élément solennel ou réel qui détermine la portée de l'obligation.

7° Nous avons vu que les actions *bonæ fidei* sont les seules où un simple intérêt d'affection compte parfois pour quelque chose (n° 552).

8° Le créancier muni d'une action *bonæ fidei* peut agir *ex justa causa*, avant l'échéance, pour se faire fournir une *cautio*, c'est-à-dire, selon les cas, ou une simple promesse ou une *satisdatio*, et, si elle lui est refusée, il obtient condamnation. C'est Papinien qui parle ainsi (L. 41, *De jud.*, V, 1) (2). Mais quelle est exactement sa pensée ? A coup sûr, il n'entend ni autoriser le créancier à méconnaitre le terme concédé par le contrat, ni imposer au débiteur la transformation d'une obligation *bonæ fidei* en une obligation *ex stipulatu*. De tels résultats seraient-ils admissibles, même en supposant que le débiteur dissipât son patrimoine et marchât à l'insolvabilité ? Cela est plus que douteux. Selon moi, l'action autorisée par Papinien n'est qu'une mesure conservatoire applicable à des créances qui se rattachent au contrat, mais qui n'en sont pas nées immédiatement. Pour me faire comprendre, supposons que mon mandataire ait contracté, en vue d'exécuter son mandat, un prêt remboursable dans deux ans. Rigou-

se réduisait à ceci : ce que l'on ne stipulait pas valablement, c'étaient les intérêts d'intérêts non encore échus ; quant aux intérêts déjà échus, jusqu'à Justinien il fut permis de les ajouter au capital et de les rendre eux-mêmes productifs. Ce prince, plus sévère, étendit la prohibition même aux intérêts échus (L. 28, C., *De usur.*) ; 3° enfin les intérêts pouvaient-ils s'accumuler indéfiniment ? Dans le droit classique, ils ne cessaient de courir que lorsque la somme due à ce titre était égale au capital (L. 26 § 1, *De cond. ind.*, XII, 6. — L. 10, C., *De usur.*). Le créancier n'avait donc besoin que d'un peu de diligence pour empêcher son argent de devenir improductif. Justinien tomba dans l'exagération en décidant que les intérêts dus ou déjà payés ne pourraient jamais dépasser le capital (Nov. 121 et 138). Mais il eut le bon sens de ne point appliquer cette règle aux arrérages des rentes (Nov 160).

(1) Je viens de signaler une application de cette règle en ce qui concerne les intérêts (ci-dessus, page 1157, *in fine*). Par elle s'expliquent et l'hypothèque tacite du bailleur sur les récoltes du fonds loué (n° 289) et la jurisprudence qui sous-entend si fréquemment la *stipulatio duplæ* dans les ventes (ns 606 et 609).

(2) Sur ce texte, voir page 1129, note 1.

reusement, tout ce que je lui dois, c'est de le libérer ou de l'indemniser au bout de deux ans. Cependant, on lui permet de me demander dès à présent une *cautio*, tant pour se garantir contre mes chances d'insolvabilité que pour éviter toute contestation sur l'utilité de son engagement. Un droit de ce genre ne se conçoit pas dans une action *stricti juris* (1).

9° Nous avons vu précédemment que la règle *judicia absolutoria sunt* fut reçue de très bonne heure dans les actions *bonæ fidei* et resta longtemps controversée dans les actions *stricti juris* (n° 771).

10° Nous savons aussi que la valeur de la chose litigieuse s'estime, dans les actions *bonæ fidei*, au jour du jugement, et dans les actions *stricti juris* au jour de la ~~condamnation~~ (L. 3 § 2, *Comm.*, XIII, 6. — n° 772).

11° Enfin, nous verrons plus tard que, l'action étant *bonæ fidei*, le dol du défendeur a pour conséquence régulière le *juramentum in litem*, tandis que les actions *stricti juris* ne comportent que très exceptionnellement cette sorte de peine (2).

III. — INDICATION ET CLASSIFICATION DES DIVERSES *condictiones*.

873. La plupart des *condictiones* ou actions *stricti juris* nous sont déjà connues. Il y en a trois dont les causes ont été assez longuement

(1) Dans toutes les actions *bonæ fidei*, des *cautiones* ont lieu à raison des obligations qui se rattachent à la cause de l'action, mais qui, n'étant pas encore exigibles peut-être même n'ayant pas encore une existence certaine, ne se prêtent pas à une liquidation immédiate (L. 25 § 10, *Fam. ercisc.*, X, 2. — L. 38, *Pro soc.*, XVII, 2). Mais cette idée n'a rien de commun avec celle que Papinien veut exprimer. Elle n'est qu'une conséquence de ce que le juge de l'action *bonæ fidei* doit prendre en considération toutes les obligations qui dérivent de la même cause, Aussi de telles cautions peuvent-elles être imposées non seulement au défendeur, mais au demandeur lui-même, et en ce dernier cas, quand elles sont refusées, c'est à une absolution et non point à une condamnation que le refus aboutit.

(2) Dans le parallèle qui vient d'être établi, je n'ai pas fait de distinction entre les diverses actions *stricti juris*. Mais il convient de remarquer que l'action *ex testamento*, qui est certainement de droit strict (Gaius, II, § 213. — LL. 5 et 7 et pr., *De eo quod cert. loc.*, XIII, 4), tendit de jour en jour à se rapprocher des actions *bonæ fidei*. Nous en avons notamment la preuve dans la théorie des fautes (n° 664) et dans celle des intérêts (T. I, page 1053, note 3). Cette tendance s'explique un peu par l'influence de la théorie des fidéicommis sur celle des legs, et beaucoup plus encore par une idée que j'ai déjà relevée : c'est que la formule du legs n'est pas l'œuvre des parties (T. II, page 281). C'est pourquoi les legs s'interprètent avec beaucoup plus de largeur que les stipulations (L. 12, *De reg. jur.*, L, 17). Une comparaison à cet égard pourrait faire l'objet d'une étude intéressante.

étudiées : ce sont celles qui résultent de contrats proprement dits, c'est-à-dire de la stipulation, de la *transcriptio* et du *mutuum*. Je crois n'avoir pas besoin non plus de revenir sur les actions *ex testamento* (n° 379) et *judicati* (n° 780), sur la *condictio indebiti* (nos 659 et s.), sur les *condictiones ob rem dati* et *ex pœnitentia* (nos 647 et 652), ni sur la *condictio furtiva* (nos 673 et 800). Mais je dois appeler l'attention sur trois autres *condictiones* dont j'ai seulement signalé çà et là quelques applications. J'ai en vue la *condictio ob turpem vel injustam causam*, la *condictio sine causa* et la *condictio ex lege*.

Condictio ob turpem vel injustam causam (1). — On appelle ainsi la répétition de ce qui a été reçu contrairement à une loi formelle (*causa injusta*) ou aux bonnes mœurs (*causa turpis*). Pour ne point exagérer la portée que les Romains attribuent à cette *condictio*, il faut distinguer avec eux trois hypothèses (L. 1 pr., *De cond. ob turp. vel. inj. caus.*, XII, 5) : 1° il y a *turpitudo ab utraque parte*, c'est-à-dire, tout à la fois du côté de *l'accipiens* et du côté du *tradens*. Par exemple, un juge reçoit de l'argent pour rendre une mauvaise sentence, un voleur ou un adultère achètent le silence de celui qui les a surpris. Dans ces cas et dans tous ceux où le reproche d'immoralité s'adresse également aux deux parties, on applique la règle *in pari causa melior est causa possidentis*, et l'on refuse la *condictio* (L. 3; L. 4 pr. et § 1, *De cond. ob turp.* — L. 9, *De dol. mal. et met. exc.*, XLIV, 4. — L. 2, C., *De cond. ob turp.*, IV, 7); 2° il y a *turpitudo dantis tantum*. Dans cette hypothèse, évidemment très rare, le refus de la *condictio* s'impose avec bien plus de force que dans la précédente ; car, l'immoralité étant toute du côté du *tradens*, on ne peut pas soutenir que les parties se trouvent *in pari causa* (L. 4 § 3, *De cond. ob turp.*) (2) ; 3° enfin, il y a *turpitudo accipientis tantum*. Par exemple, je donne de l'argent à Titius pour le détourner de commettre un homicide, un sacrilège, et plus généralement un crime ou un délit quelconque. Ma conduite n'a rien à coup sûr de répréhensible, mais celui qui se fait payer pour respecter la loi et les bonnes mœurs les offense par cela même. C'est donc dans de tels cas que notre *condictio* est admise

(1) Le Code paraît distinguer la *condictio ob turpem causam* de la *condictio ob injustam causam* (IV, Tit. 7 et 9). Le Digeste, au contraire, n'en fait qu'une seule et même action (XII, 5), et ce point de vue me paraît plus rationnel.

(2) Ce texte produit à titre d'exemple la courtisane qui reçoit de l'argent. Ce qui est honteux pour elle, dit Ulpien, c'est la profession qu'elle exerce plutôt que les bénéfices qu'elle en retire. Il y a donc *turpitudo dantis tantum*.

(L. 3 pr. et § 1 ; — L. 4 § 2, *De cond. ob. turp.*) ; et le motif même sur lequel elle est fondée nous avertit qu'elle ne suppose aucune erreur du *tradens* et qu'elle lui compète alors même qu'il n'a fait qu'exécuter une promesse antérieure (1).

Condictio sine causa. — Cette expression, prise dans un sens très large, embrasse la *condictio indebiti*, la *condictio ob rem dati* et, à plus forte raison, la *condictio ex pœnitentia;* en d'autres termes, on peut considérer comme dépourvues de cause les dations déterminées soit par la croyance à une dette qui n'existait pas, soit par la poursuite d'un but qui n'a pas été atteint (L. 1 pr., §§ 1 et 2; L. 4, *De cond. sine causa*, XII, 7). Mais dans l'usage ordinaire la *condictio sine causa* s'entend d'une façon beaucoup plus restreinte. Elle a pour objet d'abord la répétition d'une dation qui dès l'origine a manqué de cause ou dont la cause à cessé d'exister (L. 1 § 2, *De cond. sine causa*). Ainsi j'ai fait un billet ou une promesse en vue d'un prêt que je n'ai jamais reçu ; c'est par la *condictio sine causa* que je demanderai la restitution du billet ou l'acceptilation de la promesse (L. 4, C., *De cond. ex leg.*, IV, 9. — L. 7, C., *De non num. pec.*, IV, 30). Ainsi encore cette action sert soit à un acheteur qui a payé son prix, pour répéter les arrhes (L. 11 § 6, *De act. empt.*, XIX, 1), soit à un débiteur quelconque pour se faire restituer le titre qui constatait son obligation aujourd'hui éteinte (L. 2, C., *De cond. ex leg.*, IV, 9. — L. 25, *De sol.*, C., VIII, 43). Mais notre *condictio* a sa plus remarquable application dans les cas où quelqu'un s'est enrichi sans cause aux dépens ou par le fait d'une personne qui ne lui a rien transféré. Ainsi nous avons vu que celui qui livre à titre de prêt des deniers dont il n'a pas la propriété, ou qu'il est incapable d'aliéner, ne donne pas naissance à un contrat, mais que, du jour où les deniers ont été consommés de bonne foi, il peut les répéter par la *condictio sine causa* (no 588). Beaucoup d'autres exemples sont donnés dans les textes (LL. 23 et 32, *De reb. cred.*, XII, 1. — L. 30 pr., *De act. empt.*, XIX, 1) (2). La *con-*

(1) Supposons une promesse faite *ex turpi causa* et non encore exécutée. La *turpitudo* fût-elle imputable aux deux parties ou au promettant seul, la demande peut toujours être repoussée par voie d'exception (L. 8, *De cond. ob turp. caus.* — L. 5, C., *De cond. ob turp. caus.*, IV, 7). Mais le promettant pourrait-il aussi recourir à la *condictio ob turpem causam* pour se faire libérer ? L'affirmative me paraît certaine, s'il est lui-même exempt de *turpitudo ;* en dehors de ce cas, je serais porté à répondre négativement.

(2) L'un des textes que je cite, la loi 32, *De rebus creditis*, a pour auteur Juventius Celsus, d'où quelques interprètes ont imaginé d'appeler *condictio Juven-*

dictio fondée sur l'enrichissement sans cause est surtout précieuse lorsque le droit commun ne fournit aucune autre action contre la personne enrichie (1).

Condictio ex lege. — On appelle ainsi toute action qu'une loi nouvelle a introduite sans lui donner un nom particulier (L. 1, *De cond. ex leg.*, XIII, 2), et cela même nous avertit qu'elle est anomale (2). En effet, parmi les divers caractères que nous avons reconnus aux *condictiones*, le seul que celle-ci présente invariablement, c'est d'être personnelle. Parfois, elle sanctionne un pacte légitime, par exemple, depuis Théodose II et Valentinien III, le pacte de constitution de dot (n° 311), et sous Justinien le pacte de donation entre vifs (n° 304). D'autres fois, elle est donnée en dehors de toute convention ; ainsi elle sert à réclamer le complément de la quarte légitime (n° 345). Enfin, il y a des cas où elle est pénale, au moins pour partie. La loi Julia *de adulteriis* nous en fournit un remarquable exemple (L. 27 pr. ; L. 28, *Ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5), et nous en avons trouvé deux autres dans les Institutes de Justinien (§§ 24 et 25, *De act.* — N°s 859 et 864).

La *condictio ex lege* mise à part, il suffit de jeter un coup d'œil sur la liste des *condictiones* pour vérifier la théorie précédemment développée, d'après laquelle toute action *stricti juris* dérive d'une cause qui n'oblige et ne peut obliger que l'une des parties, et cela parce que les effets de cette cause sont limités par un élément formel ou réel. Dans les actions qui naissent de la stipulation, du contrat *litteris*, du legs *per damnationem* ou *sinendi modo* et du *judicatum*, cet élément consiste en des paroles ou en des écritures. Partout ailleurs il consiste en une *res*, et cette *res* elle-même n'est autre chose qu'une dation ou un enrichissement (3).

tiana la *condictio* qui n'a d'autre cause que l'enrichissement du défendeur. Mais l'invention de cette *condictio* appartient-elle à Celsus ? Rien ne le prouve, et cela est peu probable.

(1) On évitera de dire avec certains interprètes que la *condictio sine causa* ne soit jamais donnée qu'à défaut d'autre action. La fausseté de cette idée est démontrée par plusieurs textes (L. 2, *De cond. sine caus.* — L. 11 § 6, *De act. empt.*).

(2) Le nom et l'anomalie de cette *condictio* n'étonneront pas trop si l'on se rappelle que le mot *condictio* tendit de bonne heure à perdre son sens technique et à embrasser toutes les actions personnelles (n° 799, *in fine*).

(3) Précédemment (page 1151, note 1), j'ai fait allusion à une théorie célèbre d'après laquelle les *condictiones* auraient leur principe général dans une aliénation et ne feraient en conséquence que succéder à la revendication. Voici en peu de

874. Selon que l'obligation d'où la *condictio* dérive est *certa* ou *incerta* d'après les principes précédemment posés (n[os] 512 à 514), la *condictio* elle-même est qualifiée *certi* ou *incerti*. Quant à l'intérêt pratique de cette distinction, il se confond avec l'intérêt plus général qu'il y a à distinguer les *actiones certæ* des *actiones incertæ* (n[os] 861 et s.). La *condictio certi* remonte à l'époque des *legis actiones* (n° 741 et 744); la *condictio incerti* ne date que du système formulaire. Parmi les *condictiones certi*, c'est la *condictio certæ pecuniæ* qui précéda toutes les autres, et elle mérite une place à part, bien moins pour cette raison que parce qu'elle fut toujours la plus rigoureuse. Deux règles particulières en font une action stricte entre toutes. Nous avons vu, en effet, que, dans ce genre d'action, la *condemnatio* portant forcément sur une somme d'argent déterminée, l'office du juge se borne à vérifier l'existence du droit et, s'il y a lieu, à prononcer une condamnation dont le montant est fixé d'avance (n° 763); et nous verrons plus loin que chaque plaideur peut exiger de son

mots quelle aurait été la marche suivie. Originairement, la *condictio* n'aurait eu d'autre cause qu'une aliénation réelle faite *animo contrahendi*, en d'autres termes que le *mutuum*, et en ce sens on fait remarquer que les compilateurs du Digeste, à l'exemple de l'édit prétorien, ont réuni dans un même titre le *mutuum* et la *condictio certi* (XII, 1). Plus tard, une aliénation fictive, toujours faite *animo contrahendi*, aurait été assimilée à l'aliénation réelle. C'est ainsi que la *condictio* aurait été donnée en vertu du legs *per damnationem*, du contrat *litteris* et de la stipulation; car le legs implique que le testateur a fait pour la forme une mancipation de son patrimoine, le contrat *litteris* suppose la fiction d'un *mutuum*, et la stipulation, du moins on le dit pour les besoins de la cause, ne serait qu'une simplification du *nexum* ancien. Par un nouveau progrès, on aurait ensuite fait dériver la *condictio* de certaines aliénations volontaires et réelles, mais non pas faites *animo contrahendi*, et de là les *condictiones indebiti* et *ob rem dati*. Enfin, l'enrichissement sans cause aurait été considéré comme l'équivalent d'une aliénation, d'où la *condictio sine causa*, et par une large application de ce dernier principe on aurait admis que la *condictio* naît de tout contrat par lequel le débiteur s'est enrichi. Ainsi s'expliquerait un texte difficile d'Ulpien sur lequel je reviendrai tout à l'heure (n° 875). Du reste on reconnaît que cette explication ne convient ni à la *condictio furtiva*, à moins que le voleur n'ait détruit la chose et rendu la revendication impossible, ni à la *condictio ex lege*, et l'on consent à voir là deux anomalies. La théorie que je viens de résumer contient certainement une grande part de vérité, car il y a nombre de cas où la *condictio* résulte d'une aliénation et remplace la revendication. Néanmoins, je ne la crois pas exacte dans son ensemble. Outre qu'elle attribue au droit romain une marche trop systématique, une évolution en quelque sorte calculée, elle repose sur diverses hypothèses qui auraient besoin d'être justifiées : elle admet, en effet, l'idée déjà réfutée d'un contrat primitif unique qui aurait été le *nexum* (T. II, page 196, note 1 ; p. 204, note 2), et elle suppose, je ne sais pourquoi, que la *condictio ex mutuo* serait antérieure à la *condictio ex stipulatu*.

adversaire une *sponsio pœnalis tertiæ partis*, de sorte que celui qui succombe perd, outre l'intérêt engagé dans le procès, une somme égale au tiers de la somme litigieuse. En résumé donc, soit que nous nous attachions au développement chronologique des *condictiones* ou au degré de rigueur qu'elles comportent, nous aboutissons à les diviser en trois classes, savoir : la *condictio certæ pecuniæ*, la *condictio de alia certa re* et la *condictio incerti*. Si l'on essaye de répartir les diverses *condictiones* entre ces trois classes, voici les résultats où l'on arrive. Quand la *condictio* dérive d'un contrat *litteris* ou d'une sentence judiciaire, elle est forcément *certæ pecuniæ ;* et c'est aussi le caractère de celle qui naît du *mutuum*, à moins qu'il ne s'agisse d'un prêt de denrées ; alors la *condictio* est simplement *certi*. Sont également *certi*, et, s'il y a lieu, *certæ pecuniæ*, la *condictio furtiva* et la *condictio ob rem dati*. Quant aux *condictiones indebiti*, *ob turpem causam* et *sine causa*, presque toujours elles seront ou *certæ pecuniæ* ou simplement *certi*, mais elles peuvent aussi être *incerti ;* pour comprendre cela, il suffit de supposer qu'elles dérivent d'une prestation consistant en un fait autre qu'une dation, et spécialement quant à la *condictio sine causa*, qu'elle a pour cause un enrichissement dont le demandeur ne connaît pas l'étendue. Enfin, en ce qui concerne les *condictiones ex stipulatu*, *ex testamento*, *ex pœnitentia* et *ex lege*, elles seront tantôt *certi*, tantôt *incerti* (1).

Les *condictiones certi* et *certæ pecuniæ* ne sont pas toujours ainsi désignées par les Romains. Un titre du Digeste porte la rubrique *De rebus creditis, si certum petetur, et de condictione* (XII, 1), et il s'occupe exclusivement de la *condictio certi*, surtout de la *condictio certæ pecuniæ*. Si donc on suppose, comme on doit le faire jusqu'à preuve contraire, que la rubrique correspond au contenu du titre, on sera très porté à croire que les mots *si certum petetur* se rapportent particulièrement à la *condictio certæ pecuniæ*, et les mots *de condictione* aux autres *condictiones certi*. Cette induction est en effet justifiée par des témoignages précis. Que le mot *condictio* em-

(1) Gaius (II, § 213) nous donne l'*intentio* d'une action *ex testamento* et elle est *incerta*. Mais il se réfère particulièrement au legs *sinendi modo*, où l'obligation de donner est mélangée d'une obligation de faire. On aurait donc tort si l'on concluait de ce texte que le legs *per damnationem* ne donne jamais lieu à une *condictio certi*. Cette doctrine impliquerait que l'action *ex testamento* ne comporte en aucun cas la *plus petitio*, et le contraire est certain (L. 5, *De eo quod cert. loc.*, XIII, 4).

ployé seul ne désigne parfois que la *condictio certi*, cela est démontré par un texte des Institutes (pr., *De verb. obl.*, III, 15. — n° 513). Ce langage fut tout naturel à l'époque des *legis actiones*, alors que les *condictiones incerti* n'existaient pas encore, et, s'il se maintint sous le système formulaire, ce fut, je l'ai déjà dit, parce que la *condictio certi* n'avait pas de *demonstratio* (n° 757). On trouvera plus étonnant peut-être que la *condictio certæ pecuniæ* s'appelât spécialement *actio si certum petetur* (1) ; c'est pourtant ce qu'affirme Ulpien, et, comme pour ne laisser aucun doute sur sa pensée, il ajoute que, par opposition à l'action ainsi dénommée, toutes les *condictiones* tant *certi* qu'*incerti*, excepté celle qui a pour objet *certa numerata pecunia*, portent le nom commun de *condictiones triticiariæ* (L. 1 pr., *De cond. trit.*, XIII, 3). L'origine de cette dernière expression est obscure (2). Mais il est assez facile de comprendre que l'appellation *si certum petetur*, bien qu'elle paraisse applicable et soit parfois appliquée à toute *condictio certi* (L. 1 pr., *De int. in jur.*, XI, 1), ait été particulièrement réservée à la *condictio certæ pecuniæ ;* ici, en effet, la précision de la demande est poussée au dernier degré et les pouvoirs du juge renfermés dans les plus étroites limites. Le même motif nous permet de croire que sous le nom de *condictio certi* c'est souvent aussi la seule *condictio certæ pecuniæ* que l'on désigne. Du reste les *condictiones certi* et *certæ pecuniæ* prennent quelquefois, à l'exemple des *condictiones incerti*, le nom de la cause qui les engendre, elles s'appellent actions *ex testamento*, *ex stipulatu*, etc. Les seules qui n'aient pas de nom particulier sont celles qui résultent du *mutuum* et du contrat *litteris*.

875 *a*. Nous avons vu la *condictio certæ pecuniæ* et la *condictio de alia certa re* dériver de causes spéciales. Mais de très bonne heure, et peut-être dès l'origine du système formulaire, on élargit leur domaine. Un texte d'Ulpien (L. 9 pr., *De reb. cred.*, XII, 1) porte que la *condictio certi* compète, c'est-à-dire est légalement donnée, en vertu de tout contrat certain ou incertain, au créancier qui veut en user. Or, les actions contractuelles ne sont pas toutes des *condictiones*, et toute

(1) Cette dénomination, comme celle de la *bonorum possessio tum quem ex familia* et de quelques interdits, vient probablement des premiers mots de l'édit relatif à la matière.

(2) D'après une scolie des Basiliques (XXIV, 8, 7), l'édit contenait une formule qui, au lieu d'être conçue en termes généraux, visait spécialement un texte ayant pour objet du froment (*triticum*). De là viendrait l'expression *condictio triticiaria*.

condictio n'est pas *certi*. Ulpien ne peut donc pas vouloir dire que la *condictio certi* soit la conséquence nécessaire et la sanction exclusive de toutes les obligations contractuelles. Sa véritable pensée, telle que l'explique l'interprète grec Stéphane, dans une des scolies qui se rapportent au texte correspondant des Basiliques (XXIII, 1, 9), me paraît être celle-ci : sous le nom de *condictio certi*, Ulpien vise particulièrement la *condictio certæ pecuniæ*, et il veut dire que, quoique le contrat n'engendre pas par lui-même une *condictio* de cette nature, mais bien une *condictio de alia certa re*, une *condictio incerti* ou même une action de bonne foi, le créancier peut toujours, à ses risques et périls, faire lui-même la liquidation de son droit, je veux dire préciser la somme qu'il prétend être due et agir par la *condictio certæ pecuniæ* (1). A cela il court, j'en conviens, le risque de la *plus petitio*, mais il gagne de pouvoir faire et exiger la *sponsio tertiæ partis*. Le texte que je viens d'analyser n'est pas isolé. Nous lisons dans un autre fragment d'Ulpien (L. 5, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2) que celui qui, après avoir agi *mandati*, agirait encore *de eadem re* par voie de *condictio*, serait repoussé par l'exception *rei judicatæ*. De même, Paul nous dit que, les actions *mandati*, *negotiorum gestorum*, *pro socio* étant une fois éteintes par le serment, l'exception *jurisjurandi* ferait obstacle à l'exercice d'une *condictio certi* fondée sur les mêmes causes (L. 28 § 4, *De jur.*, XII, 2). Que signifieraient, je le demande, ces deux décisions, si le créancier n'avait pas le droit de choisir entre l'action qui résulte naturellement de son contrat et la *condictio certæ pecuniæ?* Je disais tout à l'heure que cette doctrine paraît fort ancienne. C'est ce que prouve une anecdote rapportée par Cicéron (*De orat.*, I, 36) (2). Il s'agit d'une demande en reddition de compte de tutelle. Devant le préteur Crassus plaident deux avocats, dont l'ignorance maladroite provoque tout à la fois la colère et l'hilarité

(1) Le texte d'Ulpien est ainsi conçu : *certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerta*. C'est dans les mots *ex qua certum petitur* que je vois pour le créancier la faculté de choisir entre l'action qui est la conséquence régulière du contrat et la *condictio certæ pecuniæ*. Si l'on n'accepte pas cette interprétation, le texte se réduirait à un non sens : il signifierait que cette *condictio* compète partout où elle compète.

(2) Il ne faut pas m'objecter ce que Cicéron dit ailleurs, que la *condictio certæ pecuniæ* suppose *pecunia data, stipulata aut expensa lata* (*Pro Rosc. com.*, 4 et 5). Dans l'espèce, la demande que Cicéron combat est fondée sur un contrat proprement dit, et alors, en effet, elle ne peut avoir que l'une des trois causes qu'il indique.

du jurisconsulte Scévola. D'un côté, c'est Hypsæus, avocat du pupille, qui prodigue les efforts pour faire courir à son client le risque de la *plus petitio*. De l'autre côté, c'est le consulaire Octavius, avocat du tuteur, qui discourt longuement pour empêcher son adversaire de se perdre lui-même et pour exposer son client à l'infamie qu'entraîne une condamnation sur l'action *directa tutelæ*. La question agitée dans cette affaire consistait évidemment à savoir quelle action serait délivrée. L'avocat du pupille demandait une *condictio certæ pecuniæ*, l'avocat du tuteur plaidait pour la délivrance de l'action *directa tutelæ*. Ainsi chacun compromettait à plaisir les intérêts de son client; mais laissons de côté le ridicule que Cicéron relève, et constatons simplement que cette discussion suppose la faculté de choisir entre l'action *tutelæ* et la *condictio certæ pecuniæ* (1).

Quoique j'aie spécialement rapporté le texte d'Ulpien à la *condictio certæ pecuniæ* je n'hésite pas à croire que la substitution d'une simple *condictio certi* à une action contractuelle *incerta* fût également permise. Sans doute, cette substitution était fort peu pratique, attendu qu'elle exposait le demandeur au péril de la *plus petitio* sans lui procurer le moindre avantage. Mais l'action n'en était pas moins valablement intentée, en ce sens que le droit se trouvait déduit *in judicium*. C'est ce que prouvent les exemples de *plus petitio causæ* donnés par Gaius (IV, § 53). J'ai stipulé un esclave en général, et je demande Stichus ; en d'autres termes, je substitue une *condictio certi* à la *condictio incerti* qui résulte du contrat. Qu'arrive-t-il alors? C'est que non seulement je n'obtiens pas de condamnation, mais que mon droit est perdu. L'hypothèse n'est donc pas comparable à celle d'un vendeur qui aurait par erreur usé de l'action *præscriptis verbis* ou de l'action *locati;* ici le droit ne serait pas compromis et l'action *venditi* demeurerait intacte (n° 856). Dans le même sens, il y a au Digeste un texte décisif de Javolénus (L. 52, *Mand.*, XVII, 1). Nous y voyons un fidéjusseur qui a payé une dette de genre exercer son recours, non

(1) La substitution de la *condictio certæ pecuniæ* à une autre action ne doit pas aggraver la condition du débiteur. De cette idée par elle-même évidente je tire deux conséquences : 1° lorsque le droit du créancier dérive d'un contrat de bonne foi, il doit, en évaluant sa créance, tenir compte de ses propres obligations, sinon il court le risque de commettre une *plus petitio;* 2° la *condictio certæ pecuniæ* n'est pas admissible lorsque l'obligation a pour objet un corps certain, à moins qu'il n'ait péri par un dol ou une faute dont le contrat impose la responsabilité au débiteur. Décider autrement, ce serait admettre que le créancier peut changer à son gré l'objet de la dette.

par l'action *mandati*, mais par la *condictio certi*. Il succombe, je le veux bien, mais ce n'est pas pour avoir choisi une action qui ne lui compétait pas; c'est parce qu'il redemande ce qu'il a payé, des choses de bonne qualité, alors qu'il aurait pu se libérer en en donnant de mauvaises. Supposons donc qu'il eût présenté comme objet de son droit des choses de la qualité de celles qu'il aurait dû payer ; son action, quoique *certa*, réussirait.

DISTINCTION DES ACTIONS DIRECTES ET DES ACTIONS DONNÉES CONTRE UN PÈRE DE FAMILLE DU CHEF DES PERSONNES SOUMISES A SA PUISSANCE.

Sommaire : I. Notions générales. — II. Des actions *adjectitiæ qualitatis* nées d'un contrat ou comme d'un contrat. — III. Des actions noxales. — IV. Appendice relatif à l'action *de pauperie*.

I. — NOTIONS GÉNÉRALES.

876. Jusqu'à présent j'ai supposé que le défendeur est poursuivi de son propre chef, c'est-à-dire à raison de son fait personnel ou à titre d'héritier. L'action alors est qualifiée *directa* (T. II, page 939, note 1). Mais un père de famille est quelquefois poursuivi du chef des individus placés en sa puissance. Comment arriva-t-on à un tel résultat? Car c'est une vieille règle du droit civil que les personnes *alieni juris* ne peuvent pas empirer la condition du père de famille et par conséquent ne l'obligent pas (L. 133, *De reg. jur.*, L, 17. — L. 12 § 1, C., *De acq. et omitt. poss.*, VII, 32). Cette règle, quoique sage en elle-même, et particulièrement nécessaire à l'égard des esclaves, que l'indifférence ou la haine eussent aisément portés à compromettre un patrimoine sur lequel ils n'avaient ni droits ni espérances, ne pouvait pas être appliquée d'une manière absolue : il fallait la restreindre de telle façon qu'elle protégeât le père de famille sans jamais l'enrichir au détriment des tiers et sans faciliter des fraudes concertées entre lui et ceux qui lui devaient obéissance.

Quant aux contrats et aux quasi-contrats, c'est la législation prétorienne qui modifia le principe du droit civil. Elle s'inspira de cette idée que les obligations contractées par des individus en puissance doivent réfléchir contre le père de famille dans la mesure où il les a autorisées, et, à défaut de toute autorisation, jusqu'à concurrence de son profit. De là les actions *quod jussu, exercitoria, institoria, tributoria, de peculio* et *de in rem verso*. Pour comprendre combien elles étaient nécessaires, il suffit de se rappeler que d'après le droit

civil les esclaves ne contractaient que des obligations naturelles, et que celles des fils de famille, quoique sanctionnées par voie d'action, n'étaient assises sur aucun gage, de sorte que le créancier pouvait tout au plus exercer une pression indirecte sur le père en faisant condamner et emprisonner le fils.

En ce qui concerne les délits, le droit civil trouvait en lui-même son correctif. En effet, d'après une autre règle ancienne, celle à laquelle le préteur dérogea par l'introduction de la *cautio damni infecti*, les dommages causés par notre chose sans notre propre fait nous grèvent d'une obligation restreinte qui porte sur cette chose elle-même et n'affecte pas le reste de notre patrimoine. Appliquée en notre matière, cette idée conduisit à décider que le père de famille serait tenu d'abandonner le délinquant à la personne lésée, à moins qu'il ne préférât subir les conséquences régulières du délit comme s'il l'avait commis lui-même. Les actions données contre lui à cet effet s'appellent actions noxales, expression dérivée du mot *noxa* qui désigne l'auteur du délit (Inst., § 1, *De nox. act.*, IV, 8).

Les diverses actions qui viennent d'être indiquées ne sont autres que les actions vulgaires (L. 42 pr., *De furt.*, XLVII, 2); c'est par exemple l'action *furti*, s'il s'agit d'un vol, l'action *ex stipulatu*, s'il s'agit d'une stipulation. Si donc on leur a donné des dénominations spéciales, cela tient sans aucun doute à ce que leurs formules n'étaient pas tout à fait celles du droit commun. Ces formules ne nous sont pas connues ; mais on peut affirmer qu'elles indiquaient, s'il y avait lieu, les restrictions apportées aux effets ordinaires de l'action, et dans tous les cas elles exprimaient la qualité en laquelle le défendeur était appelé à y répondre; elles portaient qu'il n'était poursuivi que du chef de telle personne soumise à sa puissance comme fils ou comme esclave. C'est cette même idée qui a suggéré à d'anciens interprètes l'expression *actiones adjectitiæ qualitatis* par laquelle aujourd'hui encore on a l'habitude de désigner toutes ces actions.

Au surplus, que le père de famille soit tenu du chef de son fils ou du chef de son esclave, les règles générales sont les mêmes. Je me référerai donc spécialement, comme le font les Institutes (pr. et § 5, *Quod cum eo*, etc., VI, 7), à l'hypothèse d'une action née *ex persona servi*, et je ne mentionnerai les fils de famille que pour relever les particularités qui les concernent (1).

(1) Il est à peine nécessaire de faire remarquer qu'en toute cette matière on ne

II. — Des actions *adjectitiæ qualitatis* qui dérivent d'un contrat ou comme d'un contrat.

Lib. IV, Tit. vi, *De actionibus*, § 8, suite. — Item prætor proposuit de peculio servorum filiorumque familias, et ex qua quæritur an actor juraverit, et alias complures.

De même le préteur a établi l'action relative au pécule des esclaves et des fils de famille, celle où l'on recherche s'il y a eu serment prêté par le demandeur, et un grand nombre d'autres.

§ 10. — Actiones autem de peculio deo adversus patrem dominumve comparavit prætor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur, æquum tamen est peculio tenus, quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum, condemnari eos.

En introduisant les actions *de peculio* contre le père et le maître, le préteur a considéré que, quoique ces personnes ne soient pas tenues *ipso jure* des obligations contractées par leurs enfants ou leurs esclaves, l'équité veut néanmoins qu'elles soient condamnées jusqu'à concurrence du pécule, qui est, pour ainsi dire, le patrimoine des fils ou filles de famille et des esclaves.

§ 36. — Sunt præterea quædam actiones quibus non solidum quod nobis debetur persequimur, sed modo solidum consequimur, modo minus, ut ecce, si in peculium filii servive agamus : nam si non minus in peculio sit quam persequimur, in solidum dominus paterve condemnatur; si vero minus inveniatur, eatenus condemnat judex quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.

Il y a en outre certaines actions où nous ne poursuivons pas la totalité de ce qui nous est dû, mais où nous obtenons tantôt la totalité, tantôt moins, par exemple quand nous agissons relativement au pécule d'un fils de famille ou d'un esclave. En effet, si le pécule contient autant que nous demandons, le maître ou le père est condamné au tout ; mais dans le cas contraire, la condamnation se limite à la valeur du pécule. Quant à la façon dont le pécule doit s'apprécier, nous l'exposerons en son temps.

distingue ni quel est le sexe de la personne *alieni juris* qui donne naissance à l'obligation, ni, en ce qui concerne les esclaves, s'ils appartiennent à un homme ou à une femme (L. 2 § 1, *Quod juss.*, XV, 4. — L. 1 § 21, *De exerc. act.*, XIV, 1. — L. 7 § 1, *De inst. act.*, XIV, 3. — L. 5 § 2, *De trib. act.*, XIV, 4. — L. 1 § 3; L. 3 § 2 ; L. 27 pr., *De pec.*, XV, 1).

Lib. IV, Tit. VII, *Quod cum eo qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur*, pr. — Quia tamen superius mentionem habuimus de actione qua in peculium filiorumfamilias servorumve agitur, opus est ut de hac actione, et de ceteris quæ eorumdem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia, sive cum servis negotium gestum sit, sive cum iis qui in potestate parentis sunt, his fere eadem jura servantur, ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi dominique, idem intellecturi de liberis quoque et parentibus quorum in potestate sunt; nam si quid in his proprie observatur, separatim ostendemus (Gaius, IV, § 69).

Nous avons mentionné plus haut l'action relative au pécule des fils de famille et des esclaves; il faut maintenant traiter en détail de cette action et de toutes celles qui du chef de ces personnes sont données contre les pères et les maîtres. Soit que l'on ait contracté avec des esclaves ou avec des personnes soumises à la puissance paternelle, les règles sont à peu près les mêmes. Parlons donc seulement de l'esclave et du maître, tout ce que nous dirons devant être appliqué aux enfants en puissance et à leurs ascendants. Quant aux règles propres à ces dernières personnes, elles seront indiquées à part.

§ 1. — Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum prætor adversus dominum actionem pollicetur; scilicet quia qui ita contrahit fidem domini sequi videtur (Gaius, IV, § 70).

Ainsi, contre le maître qui a autorisé son esclave à contracter, le préteur promet une action pour le tout, car le tiers qui contracte dans de telles conditions est réputé suivre la foi du maître.

§ 2. — Eadem ratione prætor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum, quum quis servum suum magistrum navi præposuerit et quid cum eo, ejus rei gratia cui præpositus erit, contractum fuerit : ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor appellatur is ad quem quotidianus navis quæstus pertinet. Institoria tunc locum habet, quum quis tabernæ forte aut cuilibet negotiationi servum preposuerit, et quid cum eo, ejus rei causa cui præpositus erit, contractum fuerit : ideo au-

Pour la même raison, le préteur promet deux autres actions *in solidum* dont l'une s'appelle exercitoire, et l'autre institoire. L'action exercitoire est donnée lorsqu'un esclave préposé par son maître à la conduite d'un navire a contracté des obligations relatives à l'objet de ses fonctions. Le nom d'action exercitoire vient de ce qu'on appelle *exercitor* celui auquel appartient le profit quotidien du navire. Quant à l'action institoire, elle a lieu lorsque quelqu'un a chargé son esclave de la direction d'une boutique ou d'un commerce quelconque, et que celui-ci

tem institoria appellatur, quia qui negotiationibus præponuntur institores vocantur. Istas tamen duas actiones prætor reddit, et si liberum quis hominem, aut alienum servum navi, aut tabernæ, aut cuilibet negotiationi præposuerit, scilicet quia eadem æquitatis ratio etiam eo casu interveniebat (Gaius, IV, § 71).

s'est obligé dans l'exercice de ses fonctions de préposé. Le nom d'action institoire vient de ce qu'on appelle *institor* celui qui est préposé à un commerce. Toutefois, alors même que c'est un homme libre ou un esclave qui a été préposé à la conduite d'un navire, d'une boutique ou d'un commerce quelconque, le préteur donne également ces deux actions, et cela parce que la même raison d'équité se rencontrait dans cette hypothèse.

§ 3. — Introduxit et aliam actionem prætor, quæ tributoria vocatur. Namque, si servus in peculiari merce sciente domino negotietur, et quid cum eo, ejus rei causa, contractum erit, ita prætor jus dicit ut quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debetur, et ceteros creditores pro rata portione distribuatur. Et quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur (Gaius, IV, § 72).

Le préteur a encore introduit une autre action appelée tributoire. En effet, quand un esclave fait, au su de son maître, un commerce dont le fonds est fourni par le pécule, et qu'il a contracté des obligations relatives à ce commerce, le préteur décide que tout le fonds de commerce et tous les bénéfices qui en proviennent seront répartis proportionnellement entre le maître, si quelque chose lui est dû, et les autres créanciers. Et comme c'est le maître lui-même qui est chargé de la répartition, si l'un des créanciers se plaint de n'avoir pas reçu toute la part qui lui revenait, le préteur lui donne cette action appelée tributoire.

§ 4. — Præterea, introducta est actio de peculio deque eo quod in rem domini versum erit, ut, quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen, sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum præstare debeat, sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur, quidquid necessario in rem ejus impenderit servus, veluti, si mutua-

Une autre action a été introduite concernant le pécule et le profit du maître, de telle sorte que si un esclave s'est obligé même sans la volonté du maître, celui-ci est néanmoins tenu pour la totalité du profit qu'il a réalisé, et à défaut de profit, jusqu'à *concurrence* du pécule. Le maître est réputé profiter de toutes les dépenses nécessaires faites dans son intérêt par l'esclave ; par exemple, celui-ci, ayant em-

tus pecuniam creditoribus ejus solverit aut ædificia ruentia fulserit, aut familiæ frumentum emerit vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque, si ex decem utputa aureis quos servus tuus a Titio mutuos accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes, pro ceteris vero quinque, eatenus quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim una est actio qua de peculio deque eo quod in rem domini versum sit agitur, tamen duas habet condemnationes. Itaque judex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet an in rem domini versum sit, nec aliter ad peculii æstimationem transit quam si aut nihil in rem domini versum esse intelligatur, aut non totum. Quum autem quæritur quantum in peculio sit, ante deducitur quidquid servus domino, eive qui in potestate ejus sit debet, et quod superest id solum peculium intelligitur. Aliquando tamen id quod ei debet servus qui in potestate domini sit, non deducitur ex peculio, veluti si is in hujus ipsius peculio sit : quod eo pertinet ut, si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur (Gaius, IV, § 73).

§ 5. — Ceterum dubium non est quin is quoque qui jussu domini contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio

prunté de l'argent, l'a employé à payer des créanciers, à restaurer des bâtiments qui tombaient, à acheter soit du blé pour nourrir la maison, soit un fonds ou toute autre chose nécessaire. Ainsi quand votre esclave a emprunté dix sous d'or à Titius, s'il en emploie cinq à payer votre créancier et dissipe le surplus d'une façon quelconque, vous devez être condamné pour le tout jusqu'à concurrence de cinq, et pour le reste dans la mesure du pécule. Par où l'on voit que que si vous aviez profité des dix sous d'or, Titius pourrait obtenir l'intégralité de cette somme. En effet, bien que l'on n'exerce qu'une seule action relativement au pécule et à ce dont le maître a profité, cette action a deux condamnations. Le juge auquel elle est soumise doit donc examiner d'abord si le maître a fait un profit, et il ne passe à l'appréciation du pécule qu'autant que ce profit est nul ou n'est que partiel. Mais pour apprécier le pécule, il faut commencer par déduire ce que l'esclave doit au maître et aux autres personnes placées sous la même puissance, et le surplus seul constitue le pécule. Cependant si les personnes soumises à la puissance du maître font elles-mêmes partie du pécule, ce qui leur est dû ne donne pas lieu à déduction; en d'autres termes, si l'esclave est débiteur de son vicaire, le pécule ne comporte pas déduction d'une telle dette.

Au surplus, ceux qui ont contracté avec l'esclave par l'ordre du maître, et ceux à qui compètent les actions institoire ou exercitoire, peuvent

deque eo quod in rem domini versum est, agere possit; sed erit stultissimus, si omissa actione qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi in rem domini versum esse vel habere servum peculium, et tantum habere ut solidum sibi solvi possit. Is quoque cui tributoria actio competit, æque de peculio et in rem verso agere potest; sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio et in rem verso. Tributoria ideo expedit agere quia in ea domini conditio præcipua non est, id est, quod domino debetur non deducitur, sed ejusdem juris est dominus cujus et ceteri creditores: at in actione de peculio ante deducitur quod domino debetur, et in id quod reliquum est creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur: at in tributoria, ejus tantum quo negotiatur, et potest quisque tertia forte parte peculii aut quarta vel etiam minima negotiari, majorem autem partem in prædiis et mancipiis, aut fœnebri pecunia habere. Prout ergo ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem, vel illam eligere debet: certe qui potest probare in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet (Gaius, IV, § 74).

sans aucun doute agir aussi par l'action relative au pécule et au profit du maître. Mais ils seraient bien déraisonnables si, négligeant une action qui peut très aisément leur procurer un payement intégral, ils allaient s'engager dans une voie difficile où ils devraient prouver que le maître a fait un profit, ou que l'esclave a un pécule suffisant pour payer tout ce qui leur est dû. De même celui à qui compète l'action tributoire peut aussi agir *de peculio* et de *in rem verso;* mais tantôt c'est l'action tributoire qui lui est plus avantageuse, tantôt c'est l'action *de peculio* et *de in rem verso*. L'action tributoire vaut mieux en ce qu'elle ne comporte aucune préférence pour le maître, c'est-à-dire que l'on ne déduit pas ce qui lui est dû mais qu'il est de même condition que les autres créanciers, tandis que dans l'action *de peculio* on déduit d'abord ce qui est dû au maître, et le créancier n'obtient condamnation que pour le surplus. En sens inverse l'action *de peculio* vaut mieux, parce qu'elle a pour objet tout le pécule, au lieu que l'action tributoire porte seulement sur la part affectée au commerce. Or un esclave peut ne mettre dans son commerce qu'un tiers, un quart ou même une très faible portion de son pécule, et en placer la plus grande partie en fonds, en esclaves, ou en prêts. Le créancier doit donc, selon son intérêt, choisir tantôt l'une tantôt l'autre action : mais à coup sûr celui qui est en mesure d'établir que le maître a profité doit agir *de in rem verso*.

§ 6. — Quæ diximus de servo et domino, eadem intelligimus et de filio et filia aut nepote et nepte, et patre avove in cujus potestate sunt.

Ce que nous avons dit de l'esclave et du maître, nous le disons aussi du fils et de la fille, du petit-fils et de la petite-fille, ainsi que du père ou de l'aïeul qui a la puissance sur eux.

§ 8. — Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet quia hujus quoque jussu contractum ntelligitur.

En terminant nous devons avertir que tout contrat formé par l'ordre du père ou du maître, comme aussi tout profit par eux réalisé, donnent lieu contre eux à une *condictio* directe, de même que s'ils avaient personnellement figuré dans l'opération. Pareillement, contre celui qui est tenu de l'action exercitoire ou de l'action institoire, on admet une *condictio* directe, et cela parce que le contrat est réputé fait par son ordre.

877. Les actions dont nous allons nous occuper peuvent se classer à deux points de vue. En s'attachant à leur cause on opposera l'action *de in rem verso*, qui dérive d'un simple enrichissement réalisé par le maître, aux cinq autres, qui sont fondées sur son consentement exprès ou tacite. Que si l'on envisage le but poursuivi, on mettra d'un côté les actions *quod jussu*, *exercitoria* et *institoria*, et d'un autre côté les actions *tributoria*, *de peculio* et *de in rem verso*. Les trois premières sont données *in solidum*, parce que le maître a consenti à être obligé sur tout son patrimoine. Dans les trois autres, le créancier ne conclut pas à une condamnation *in solidum*, bien qu'en fait il l'obtienne quelquefois; et cela s'explique, pour les actions *tributoria* et *de peculio*, parce que le maître n'a voulu être obligé que sur une portion déterminée de ses biens, et pour l'action *de in rem verso*, parce que son obligation se confond avec son profit.

878. *Action* QUOD JUSSU. — On suppose ici que l'esclave contracte *jussu domini*, et par *jussum* on entend moins un ordre proprement dit qu'une simple permission. Peu importe d'ailleurs la forme que revêt le *jussum* (1); peu importe aussi qu'il soit spécial ou général

(1) Cependant il faut toujours que le maître intervienne comme maître, et en conséquence l'engagement accessoire qu'il contracterait à titre de fidéjussseur ne serait pas réputé contenir un *jussum*, décision subtile et rigoureuse dont l'intérêt pratique apparaît avec évidence dans le cas où la fidéjussion n'est pas valable (L. 1 § 5, *Quod jussu*).

(L. 1 §§ 1, 3 et 4, *Quod jussu*, XV, 4). Dans tous les cas, c'est du maître que le créancier suit la foi (§ 1 *sup*), et comme le dit Ulpien, c'est en quelque sorte avec lui qu'il contracte (L. 1 pr., *Quod jussu*) (1). Ce serait donc tendre un piège à la bonne foi que de refuser notre action (2). Mais évidemment elle exige deux conditions. Il faut d'abord que le *jussum* émane d'une personne compétente pour le donner. Or, en règle générale, cette compétence n'appartient qu'à celui qui est tout à la fois propriétaire de l'esclave et capable de s'obliger (L. 1 § 7 ; L. 2 § 2, *Quod jussu*). Cependant on assimile au propriétaire l'usufruitier et le possesseur de bonne foi en ce sens que le *jussum* qu'ils donnent les oblige eux-mêmes, et l'on admet que celui d'un tuteur, d'un curateur ou de tout autre représentant lie la personne représentée (L. 1 §§ 8 et 9 ; L. 2 pr ; L. 4, *Quod jussu*). En second lieu il faut que l'esclave se renferme dans les limites du *jussum* : ce qu'il fait en dehors ou au delà n'oblige point le maître (L. 3, *Quod jussu*). Au surplus, de même qu'un acte de gestion d'affaires, une fois ratifié, échappe à toute critique, de même ici l'on tient pour équivalente à un *jussum* l'approbation donnée à une obligation déjà contractée (L. 1 § 6, *Quod jussu*) (3).

879. *Actions* EXERCITORIA et INSTITORIA. — On connaît déjà les hypothèses pour lesquelles ces actions sont établies. On sait aussi qu'elles s'appliquent alors même que le préposé (*magister navis* ou *institor*) n'est pas sous la puissance du préposant (*exercitor*), et qu'envisagées dans ce cas spécial elles furent le point de départ d'une modification profonde apportée à la théorie du mandat (n° 636). L'une et l'autre, selon la remarque des Institutes (§ 2 *sup.*), procèdent de la même idée que l'action *quod jussu* : c'est que le créancier qui

(1) Il ne faut pas forcer le sens de ce texte. Nous supposons ici que l'individu *alieni juris* contracte lui-même et s'oblige naturellement ou civilement, selon qu'il est esclave ou fils de famille. S'il ne jouait que le rôle d'intermédiaire, cette obligation n'existerait pas, et le père de famille serait tenu d'une action directe (L 5 pr., *Quod jussu*. — L. 4, C., *Quod cum eo*, etc., IV, 26).

(2) Elle était d'autant plus nécessaire que, par un préjugé fort répandu à Rome, les gens d'un certain rang n'aimaient pas à figurer en personne dans les contrats. Leurs esclaves étaient donc naturellement désignés pour les suppléer (L. 5 § 4, *De auct. et cons.*, XXVI, 8. — L. 14 § 1, C., *De contr. et comm. stip.*, VIII, 38).

(3) On a vu précédemment (T. I, page 343, note 3) que l'esclave ou le fils de famille appelés à une hérédité ne peuvent faire adition qu'en vertu d'un ordre donné d'avance. Mais ce *jussum* n'a rien de commun avec celui dont nous nous occupons ici. En effet les dettes héréditaires n'obligent que le père de famille et l'obligent directement (n° 349).

traite avec le préposé suit en réalité la foi du préposant. En les créant, le préteur fit une œuvre d'autant plus utile que le mépris traditionel des Romains pour le commerce empêchait les gens de condition de s'y livrer ostensiblement (1) : quand ils voulaient faire valoir leurs capitaux sous cette forme, ils employaient l'intermédiaire de personnes sans notoriété, surtout de leurs esclaves ou de leurs affranchis.

Les conditions auxquelles on subordonne la délivrance de ces deux actions sont les suivantes : 1° il faut que le préposé ait été régulièrement investi de ses fonctions (2). Or les personnes qui ont qualité pour le choisir sont ou l'*exercitor* lui-même, s'il est capable de s'obliger, ou son représentant (3). Du reste, on ne se préoccupe pas ici de la capacité personnelle du préposé (L. 5 § 18 ; L. 7 §§ 1 et 2; L. 8; L. 9, *De inst. act.*, XIV, 3); 2° il faut que le créancier ait traité avec le préposé lui-même, et non pas avec l'un de ses serviteurs ou employés (L. 1 § 2, *De exerc. act.*, XIV, 1). Par exception à cette règle et à la précédente, on admet que le *magister navis* peut, en vertu de sa propre initiative, et même nonobstant toute convention contraire, se substituer un autre *magister* dont les obligations donneront lieu contre l'*exercitor* à l'action *exercitoria*. Cette exception, fondée sur l'intérêt des personnes qui naviguent, n'a pas été étendue à l'*institor* (L. 1 § 5, *De exerc. act.*) ; 3° il faut que le préposé ait contracté en vue et dans l'intérêt réel de l'exploitation qui lui est confiée, et cela sans excéder ses pouvoirs. Ainsi, lorsque deux *magistri navis* ou deux *institores* ont été constitués avec défense d'agir l'un sans l'autre, les obligations qu'ils contractent séparément ne lient pas

(1) A cet égard on consultera deux passages connus de Denys d'Halicarnasse (II, 28) et de Cicéron (*De off.*, I, 42). Romulus, dit l'historien grec, n'avait voulu d'autres occupations pour les ingénus que l'agriculture et l'art militaire. Cicéron ne voit dans le commerce de détail qu'une école de mensonge : il est un peu plus indulgent pour le gros commerce.

(2) Bien entendu, il faut aussi que le préposé n'ait pas été révoqué. Du reste la révocation de l'*institor* ne peut être opposée aux tiers qui traitent avec lui qu'autant qu'elle a été rendue publique par des affiches dont ils ont pu avoir connaissance au moment du contrat (L. 11 §§ 2 à 4, *De inst. act.*, XIV, 3).

(3) Je me place dans l'hypothèse la plus ordinaire, celle où *l'exercitor est sui juris*. Mais s'il est fils de famille ou esclave, les obligations de son préposé réfléchiront-elles contre le père ou le maître? Non, si ce préposé est un simple *institor;* oui, si c'est un *magister navis* et que *l'exercitor* exploite *voluntate domini*. En d'autres termes le préposé d'une personne *alieni juris* peut bien donner naissance à l'action *exercitoria*, mais non à l'action *institoria*. Cette différence tient à ce qu'il n'y a pas d'exploitation qui touche de plus près à l'intérêt public que celle des navires (L. 1 §§ 19 et 20, *De exerc. act.*).

l'*institor* (L. 1 §§ 7 à 14, *De exerc. act.* — L. 5 § 11, *De inst. act.*); 4° il faut enfin que le créancier lui-même ait connu, au moment du contrat, le but et l'utilité de l'obligation; sinon, comment prétendrait-il avoir suivi la foi de l'*exercitor?* Du reste, il n'est pas tenu de surveiller l'emploi des fonds qu'il a pu prêter, et d'une manière plus générale, une fois l'obligation régulièrement contractée, il devient étranger à tout ce qui suit (L. 1 § 9; L. 7 pr., §§ 1 et 2, *De exerc. act.* — L. 31 pr., *De inst. act.*) (1).

880. *Action* TRIBUTORIA. — Nous supposons ici qu'un esclave, placé à la tête d'un pécule, l'affecte en tout ou en partie à un commerce (§ 3 *sup.*). L'hypothèse diffère donc bien visiblement de celle qui donne lieu à l'action *institoria*. D'une part, en effet, par cela même que les biens exploités appartiennent au pécule, ils ne sont plus la propriété directe du maître, ils sont considérés en fait comme celle de l'esclave (L. 11 § 7, *De inst. act.*); d'autre part, celui-ci n'est pas un *institor*, il agit pour son compte personnel et en vertu de sa propre initiative, c'est lui-même qui est commerçant. Nous devons supposer, en outre, que ce commerce est connu et toléré du maître, s'il est capable de s'obliger, sinon de son représentant (L. 3 § 2; L. 4; L. 5 pr., *De trib. act.*, XIV, 4). Ceci posé, quel sera l'effet des obligations que l'esclave aura contractées par lui-même ou par ses préposés, relativement à son commerce? Les créanciers auront pour garantie spéciale, par préférence à tous autres créanciers du maître ou de l'esclave, le fonds lui-même, c'est-à-dire les marchandises et l'outillage, plus les économies et acquisitions réalisées à l'aide des bénéfices (L. 5 §§ 3, 4, 11 à 14, *De trib act.*) (2). S'ils ne sont pas payés, leur droit consistera, non point à provoquer la vente de ces diverses valeurs, mais à se les faire distribuer en nature par le maître lui-même. Dans cette distribution, il n'y a entre eux aucune cause de préférence, mais ils doivent subir le concours du maître pour toutes les créances que celui-ci peut avoir contre son esclave en vertu d'une cause quelconque (L. 1 pr. et § 2; L. 5 §§ 7

(1) Lorsqu'il y a plusieurs *exercitores*, le préposé qu'ils ont choisi ensemble, que ce soit leur esclave commun ou toute autre personne, les oblige tous *in solidum*. On ne veut pas, en effet, que le créancier qui contracte avec un seul *magister* ou un seul *institor* soit obligé de diviser ses poursuites. Du reste celui qui acquitte l'obligation entière recourt contre les autres par l'action *pro socio* ou par l'action *communi dividundo* (L. 1 § 25; L. L. 2, 3, 4 § 2, *De exerc. act.*).

(2) Si donc l'esclave a deux établissements de commerce distincts, il y aura deux masses de créanciers (L. 5 §§ 15 et 16, *De trib. act.*).

et 19; L. 6, *De trib.*). Si donc la distribution n'a pas été exactement proportionnelle, si le maître a trop donné à l'un des créanciers ou trop retenu pour lui-même, ceux qui seront lésés recourront à l'action *tributoria* pour obtenir le complément de leur part (L. 7 § 2; L. 12, *De trib. act.*) (1). La même action compète, soit au créancier dont le droit est contesté, soit à tous, lorsque par dol le maître a diminué ou laissé dépérir les biens qui leur servaient de gage (L. 7 §§ 3 et 4, *De trib. act.*). Ajoutons que l'action *tributoria* ne se donne contre les héritiers que dans la mesure de leur profit ou à raison de leur dol personnel (L. 7 § 5; L. 9 § 2, *De trib. act.*).

881. *Action* DE PECULIO. — Sous le nom de pécule on comprend deux sortes de biens : d'abord ceux que le maître a volontairement et sans nécessité séparés de son patrimoine pour en confier la gestion à son esclave; puis, ceux que l'esclave a acquis lui-même et que le maître lui a laissés ou lui aurait laissés s'il avait connu l'acquisition (L. 4 pr.; L. 5 § 4; L. 40 § 1; L. 49 § 1, *De pec.*, XV, 1) (2). En ce qui concerne la première espèce de biens, le maître ne les érige en pécule qu'autant qu'il est capable de s'obliger; s'il est impubère ou aliéné, sa volonté ne peut être ni validée par l'*auctoritas* de son tuteur ni suppléée par son curateur. Quant à la seconde espèce de biens, le pécule se forme nonobstant l'incapacité du maître. Dans tous les cas il ne peut être retiré que par une volonté formelle, et par conséquent l'esclave le garde alors même que son maître devient fou ou meurt laissant un héritier impubère (L. 3 §§ 3 et 4; L. 7 § 1, *De pec.*). Le pécule une fois établi, le patrimoine du maître se divise en quelque sorte en deux patrimoines dintincts et indépendants l'un de l'autre : l'un reste sa propriété directe, l'autre est réputé appartenir à l'esclave lui-même; chacun d'eux a désormais ses droits et ses charges propres (§ 10 *sup.* — L. 19 § 1; L. 32 pr.; L. 47 § 6; L. 52 pr., *De pec.*). En devenant chef d'un pécule, l'esclave ne devient pas pour cela capable d'aliéner les objets qui le composent; cette capacité ne résulte que d'une concession spéciale qu'on appelle *libera peculii administratio*

(1) Tout créancier qui reçoit sa part doit promettre de restituer ce qui pourrait lui avoir été donné de trop (L. 5 § 19; L. 7 pr., *De trib. act.*). Du reste le maître qui veut s'épargner les embarras de la distribution peut abandonner le fonds de commerce, et alors le magistrat charge un arbitre de le répartir entre les créanciers (L. 7 § 1, *De trib. act.*).

(2) L'usufruitier, l'usager, le possesseur de bonne foi d'un homme libre ou esclave peuvent aussi constituer un pécule, et alors les obligations qui se rattachent à ce pécule donnent lieu contre eux à l'action *de peculio* (L. 1 § 6; L. 2, *De pec.*).

L. 7 § 1, *De pec.* — n° 293). Pareillement, les obligations qu'il contracte continuent de ne valoir en ce qui le concerne lui-même, que comme obligations naturelles (1). Mais il acquiert le pouvoir d'obliger le pécule ; dans cette mesure, le maître est réputé avoir d'avance pris à sa charge personnelle et promis d'exécuter toutes les obligations auxquelles son esclave donnera naissance par un contrat quelconque. Ce pouvoir conféré à l'esclave est tellement essentiel, tellement inséparable de l'existence du pécule, qu'il subsiste nonobstant toute défense, même rendue publique, et ne cesse que par le retrait du pécule lui-même (L. 29 § 1 ; L. 47 pr., *De pec.*). Ces principes, considérés dans leur généralité, sont vrais en quelques mains que se trouve le pécule ; mais selon qu'il appartient à un esclave où à un fils de famille, leur portée et leur sphère d'application ne sont pas exactement les mêmes. Ainsi nous savons déjà que le pécule ne garantit ni l'*intercessio* d'un esclave ni le prêt d'argent fait à un fils de famille, et qu'en sens inverse il garantit l'*intercessio* du fils et le prêt fait à l'esclave (n°s 575 et 591). Si de plus nous nous rappelons que le fils de famille n'est point exclu des charges et fonctions publiques, qu'il peut se marier et défendre à une poursuite judiciaire, nous en conclurons qu'il oblige très régulièrement son pécule en gérant une tutelle ou une magistrature municipale, en recevant une dot ou en subissant une condamnation même fondée sur un délit (L. 3 §§ 11 et 13; L. 36, *De pec.* — L. 25 pr., *Sol. matr.*, XXIV, 3. — L. 1, C., *Quod cum eo* etc., IV, 26. L. 11, *De tut. et rat.*, XXVII, 3 (2), tandis que l'esclave n'a pas qualité pour donner naissance à ces diverses sortes d'obligations (n° 39) (3). Du reste ni l'un ni l'autre n'obligent le pécule par des donations (L. 8 § 5, *Quib. mod. pign. solv.*, XX, 6).

882. Arrivons à l'action *de peculio*. Elle est établie pour sanctionner

(1) Il y a donc, selon la remarque d'Ulpien, abus de langage à qualifier l'esclave débiteur comme à l'appeler créancier (L. 41, *De pec.*). En parlant ainsi, on veut simplement dire que le droit qui compète au maître ou contre le maître est né par le fait de l'esclave.

(2) Le fils de famille oblige également son pécule en faisant un compromis ou en déférant le serment à son créancier (L. 3 § 10 ; L. 5 § 2, *De pec.*). Ces décisions s'expliquent par l'analogie que les sentences arbitrales et le serment présentent avec les sentences judiciaires.

(3) Supposons qu'en fait l'esclave se comporte comme libre et passe pour tel. L'action *de peculio* pourra être donnée *utilitatis causa*, s'il a reçu une dot ou géré une tutelle, mais non pas s'il a subi une condamnation judiciaire ou fait un compromis (L. 3 § 8; L. 52 pr., *De pec.* — L. 22 § 13, *Sol. matr.*, XXIV, 3. — L. 1 § 2, *De eo qui pro tut.*, XXVII, 5). Quant au serment, l'esclave ne le défère efficacement qu'autant qu'il a la *libera peculii administratio* (L. 20, *De jur.*, XII, 2).

à l'égard du maître les obligations contractées par son esclave devenu chef de pécule. Les précédentes explications font suffisamment comprendre qu'elle naît même à l'insu du maître et ne dépend, en règle générale, ni de la nature ni du but du contrat, mais qu'elle n'a trait qu'aux obligations contractées depuis la constitution du pécule (1) et n'atteint que les biens réputés propres à l'esclave, par conséquent peut être insuffisante malgré la parfaite solvabilité du maître. Un texte des Institutes (§ 4), que l'on a tout lieu de croire emprunté à Gaius, nous apprend qu'elle a deux *condemnationes*, c'est-à-dire que la formule indique au juge deux points de vue où il doit successivement se placer pour apprécier la possibilité d'une condamnation et en fixer le chiffre. Il recherche d'abord si de l'obligation contractée par l'esclave le maître n'a pas retiré un profit, ce que l'on appelle *in rem versum*. Puis, l'*in rem versum* faisant défaut ou étant inférieur au montant de l'obligation, il examine si le pécule ne contient pas de quoi fournir ou compléter la somme due. Ainsi la condamnation est estimée d'après une double mesure : elle se compose ou peut se composer de deux éléments, savoir : le profit du maître et le contenu du pécule (2). Voyons donc ce qu'il faut entendre par *in rem versum* et comment le pécule s'apprécie.

Pour fixer la notion de l'*in rem versum*, il faut partir de la fiction qui distingue le pécule du patrimoine du maître. Supposons par exemple que l'esclave ait acheté une chose et l'ait gardée dans son pécule : le vendeur qui réclame son prix pourra-t-il soutenir que le maître s'est enrichi ? Cela n'aurait rien en soi de déraisonnable, puisque le maître est propriétaire du pécule et peut le reprendre quand il lui plaît. Mais tel n'est pas le point de vue des Romains (L. 6, *De in rem vers.*, XV, 3). Ils n'appellent *in rem versum* que le profit réalisé en dehors du pécule et qui s'applique au patrimoine propre du maître. Les Institutes (§ 4 *sup.*) donnent des exemples très clairs et très exacts (3). Mais elles ne posent pas la règle générale qui nous permettra dans

(1) Si parfois on la donne pour des obligations antérieures, ce n'est qu'à titre d'action utile et en attribuant après coup le caractère de pécule à des biens qui réellement ne l'avaient pas (L. 42 ; L. 52 pr. *in fine*, *De pec.* — T. II, p. 164, note 1).

(2) Il y a des cas exceptionnels où le juge ne doit tenir compte que du profit du pécule. Telle est notamment la règle dans la *condictio furtiva* et dans l'action *rerum amotarum* (T. II, page 1086, note 1), quand il s'agit de la répétition d'une dette de jeu (L. 4 § 1, *De aleat.*, XI, 5), et lorsque l'esclave a contracté étant impubère (L. 1 § 4, *De pec.*)

(3) Cependant les Institutes semblent dire que le maître n'est réputé enrichi par les dépenses de l'esclave qu'autant qu'elles ont été nécessaires. Mais cette idée doit être écartée comme fausse (L. 3 §§ 4 et 6, *De in rem vers.*).

tous les cas de reconnaitre l'*in rem versum*. Or elle consiste à se demander si en supposant que l'esclave fût *sui juris* et eût agi comme mandataire ou comme *negotiorum gestorum*, il pourrait exercer efficacement les actions *mandati* ou *negotiorum gestorum*. Cette question comporte-t-elle une réponse affirmative, il y a *in rem versum*, et cela encore que le profit ait disparu par suite d'un cas fortuit. Comporte-t-elle au contraire une réponse négative, il n'y a pas *in rem versum*, quand même le créancier aurait cru agir dans l'intérêt du maître et aurait été trompé (L. 3 §§ 2, 7, 8 et 9; L. 17 pr., *De in rem vers.*). Au surplus l'*in rem versum* n'est quelquefois qu'une conséquence plus ou moins éloignée de l'opération faite par l'esclave : le profit peut s'être réalisé d'abord en faveur du pécule et n'avoir passé que plus tard dans le patrimoine du maître, de même qu'en sens inverse l'*in rem versum* disparaît quand le maître a réglé ses comptes avec l'esclave et soldé ce qu'il devait au pécule (L. 5 § 3; L. 10 § 6, *De in rem vers.*)

Reste à nous demander pourquoi *l'in rem versum* forme l'objet d'une appréciation séparée et préalable. N'aurait-on pas pu dire, en effet, que le maître qui s'enrichit devient par cela même débiteur de son esclave et que le pécule s'augmente ainsi d'une créance? On l'aurait pu sans doute; mais ce point de vue admis, *l'in rem versum* aurait été le gage de tout créancier investi de l'action *de peculio*, et on voulait avec raison qu'il fût le gage exclusif du créancier qui l'a procuré. En d'autres termes, *l'in rem versum* fait bien partie du pécule à l'égard de ce créancier, mais non point à l'égard des autres.

Supposons maintenant (L. 1 § 2, *De in rem vers.*, XV, 3) que le profit du maître soit nul ou moindre que l'obligation. C'est alors, ai-je dit, qu'il y a lieu d'apprécier le pécule, et on le prend, non tel qu'il pouvait être au jour de la *litis contestatio*, mais tel qu'il est au jour du jugement (L. 30 pr.; L. 47 § 2, *De pec.* — L. 5 § 1, *De lib. leg.*, XXXIV, 3). Comme tout patrimoine, le pécule est un composé d'actif et de passif. L'actif comprend non seulement des biens corporels, mais les créances acquises par l'esclave soit contre des tiers, soit contre son propre maître, créances civiles dans le premier cas, créances naturelles dans le second (L. 7 § 4; L. 17 *in fine, De pec.*). Il est réputé comprendre aussi toutes les valeurs que le dol du maître a fait perdre au pécule, l'édit contenait à cet égard une disposition expresse (L. 21 pr., *De pec.* — L. 1 pr., *Quand de pec.*, XV, 1) (1). C'est

(1) Quoique cette disposition de l'édit soit générale, un texte d'Ulpien lui attribue

donc l'ensemble de ces valeurs que le juge est chargé d'estimer en argent. Quant au passif du pécule, il peut se composer de deux sortes de dettes, les unes envers des tiers, les autres envers le maître lui-même (1). Le juge devra-t-il tenir compte de ces dettes? Pour mieux préciser la question, il s'agit de savoir si le créancier peut obtenir une condamnation égale à l'estimation de l'actif brut (2), ou si cette estimation ne comporte pas certains retranchements à raison des dettes. Les Romains posent ici deux règles toutes différentes, l'une pour les créances des tiers, l'autre pour celles du maître. Quant aux créances des tiers, le juge ne s'en occupe pas. En d'autres termes, lorsque le pécule a plusieurs créanciers, la préférence appartient au premier occupant, et l'on appelle ainsi non pas celui qui agit le premier, mais celui qui le premier obtient une condamnation (L. 9 § 8; L. 10, *De pec.*). Cette règle, conforme au principe général d'après lequel il n'y a d'autre inégalité entre les créanciers que celle qui résulte de leur plus ou moins de diligence, ne reçoit d'exception qu'à l'égard des créanciers privilégiés; en effet, tant qu'ils ne sont pas payés, nul ne peut agir ou obtenir condamnation sans prendre l'engagement de leur restituer, s'il y a lieu, ce qu'il aurait reçu à leur détriment (L. 52 § 1, *De pec.*). Quant aux créances du maître, quelle qu'en soit la cause, elles se déduisent toujours du pécule (§ 4 *sup.* — L. 9 § 6, *de pec.*), et cela, nous dit Ulpien, parce qu'il

une portée particulière dans les actions *bonæ fidei* (L. 36, *De pec.*). La pensée du jurisconsulte me paraît être celle-ci : lorsqu'une action de cette sorte a pour but la restitution d'un corps certain qui se trouve en nature dans le pécule ou dans les mains du maître, celui-ci doit toujours être condamné *in solidum;* car pouvant restituer et ne restituant pas, il commet par cela même un dol. Cette règle fut d'abord admise pour l'action *pignoratitia directa*, puis étendue à toutes les actions de bonne foi. Pour lui donner un réel intérêt pratique, il faut supposer que la créance portée en justice est supérieure à l'actif du pécule diminué par l'effet des déductions dont je parlerai tout à l'heure. Ces déductions ne peuvent être opposées au créancier qui réclame un corps certain par une action de bonne foi (L. 22 § 13, *Sol. matr.*, XXIV, 3).

(1) Entre le maître et l'esclave il ne peut y avoir que des créances et des dettes naturelles. Pomponius nous donne un critérium pour les reconnaître (L. 49 § 1, *De pec.*). On appréciera, dit-il, *ex causa civili*, c'est-à-dire qu'on devra toujours se poser cette question : si l'esclave était *sui juris*, serait-il débiteur ou créancier du maître? En supposant la réponse affirmative, la dette ou la créance sera comptée comme diminuant ou augmentant le pécule.

(2) En ce qui concerne les créances du pécule contre les tiers, elles ne donnent lieu à condamnation qu'autant que le maître ne consent pas à céder son action (L. 51, *De pec.*). Bien mieux, il peut demander à abandonner le pécule entier, et si cet abandon ne déguise aucune fraude, le juge l'autorise et ne prononce pas de condamnation (L. 9, *Comm. div.*, X, 3).

est réputé avoir pris les devants et avoir agi contre son esclave (*prævenisse et cum servo suo egisse*, L. 9 §§ 2, 4 et 5 *De pec.*). Sur le vu d'un tel motif, on pourrait être tenté de croire que cette préférence attribuée au maître n'est qu'une suite de la préférence générale qu'on accorde au premier occupant. Mais ce point de vue ne serait pas d'une exactitude parfaite. En effet le maître déduit même ses créances antérieures à la constitution du pécule, et son droit prime tous les priviléges (L. 52 pr., *De pec.* — L. 22 § 13, *Sol. matr.*, XXIV, 3). Au lieu donc d'expliquer la faveur absolue dont il jouit par la fiction d'une poursuite qui aurait précédé celle de tous les autres créanciers, j'aime mieux dire, et cette idée est également indiquée par Ulpien (L. 9 § 4, *De pec.*), qu'ayant la propriété et la possession du pécule, il est par cela même réputé s'être payé le premier. Or un payement régulier a toujours pour effet de mettre hors de cause le créancier qui l'a reçu (1). Au surplus les dettes personnelles de l'esclave envers le maître ne sont pas les seules que l'on déduise du pécule. La même déduction s'applique, pour des motifs tout à fait semblables, à deux autres sortes de dettes : ce sont d'abord celles dont l'esclave peut être tenu envers des personnes placées à un titre quelconque sous la même puissance que lui, car ici le vrai créancier est toujours le maître (§ 4 *sup.* — L 9 § 3, *De pec.*) (2) ; ce sont en second lieu les dettes de l'esclave envers les personnes dont le maître administre les biens comme tuteur, curateur, mandataire ou gérant d'affaires : de même en effet que le maître, s'il était lui-même débiteur de ces personnes, serait réputé

(1) Sur la déduction des créances du maître, on fera les trois observations suivantes : 1° elle n'est pas admise dans les cas évidemment rares où le maître peut recouvrer autrement ce qui lui est dû (L. 11 § 6, *De pec.*) ; 2° une créance une première fois déduite du pécule s'en déduit encore dans les actions ultérieurement intentées, et cela tant qu'elle n'a pas été acquittée par un payement réel (L. 11 § 3, *De pec.*) ; 3° lorsque le maître n'a fait que s'obliger pour le pécule et n'a rien encore déboursé, la déduction ne s'opère pas ; mais le demandeur n'obtient condamnation qu'en promettant de restituer, s'il y a lieu, ce qu'il aurait reçu au détriment du maître. Ceci toutefois n'est pas vrai des condamnations prononcées dans de précédentes actions *de peculio*. Alors le pécule est de plein droit diminué des sommes dont le maître est tenu par l'action *judicati* (L. 9 § 8, *De pec.*).

(2) Cependant les Institutes (§ 4 *sup. in fine*) font observer que les dettes de l'esclave envers ses *vicarii* ne donnent lieu à aucune déduction. En effet la créance du *vicarius* compte dans l'actif de son pécule, et son pécule fait partie, comme sa personne, de celui de l'*ordinarius*. On applique donc ici la fiction d'après laquelle le pécule forme un patrimoine distinct. Elle conduit encore à décider que les dettes du *vicarius* envers le maître se déduisent seulement de son propre pécule et non pas de celui de l'*ordinarius* (L. 17, *De pec.*).

avoir payé entre ses propres mains (n° 142), de même il est censé avoir payé pour son esclave, et par conséquent, c'est lui désormais qui est créancier (L. 9 § 4, *De pec.*).

Il arrive souvent que l'actif du pécule, augmenté, s'il y a lieu, de l'*in rem versum* et diminué des créances du maître, ne suffit pas à satisfaire le créancier; le juge alors ne prononce qu'une condamnation partielle. Mais que plus tard le pécule vienne à s'enrichir par quelque acquisition nouvelle, et l'action *de peculio* pourra être exercée une seconde fois (L. 30 § 4, *De pec.*). D'où il faut conclure que la *litis contestatio* n'éteint le droit que dans la mesure où il peut être sanctionné par une condamnation, c'est-à-dire dans la mesure de l'obligation actuelle du maître (1), et cela nous explique pourquoi celui-ci n'est pas tenu de promettre qu'il payera le surplus de la dette sur les accroissements ultérieurs du pécule (L. 47 § 2, *De pec.*).

Tant que subsiste l'état de choses qui a permis à l'action *de peculio* de naître, elle est perpétuelle; mais du jour où il n'y a plus de pécule, elle s'éteint par le laps d'une année utile (2). Or le pécule cesse dans tous les cas par la volonté expresse du père de famille et par la mort de la personne *in potestate*, plus spécialement pour les esclaves, lorsqu'ils sont aliénés ou affranchis, et pour les fils de famille, lorsqu'ils sont donnés en adoption, émancipés, ou que, d'une façon quelconque, ils sortent de la puissance paternelle (L. 1 pr., §§ 1 à 4, *Quand. de pec.*, XV, 2) (3).

Pour terminer on remarquera que dans le droit de Justinien l'action *de peculio* fondée sur les obligations contractées par des fils de famille est devenue peu pratique. En effet la plupart de leurs acquisitions constituent des biens adventices dont ils n'ont ni l'administration ni la jouissance et sur lesquels leurs obligations ne peuvent s'exécuter tant qu'ils restent *in potestate*. L'action *de peculio* leur suppose un pécule dans le sens antique du mot, c'est-à-dire composé de biens donnés par le père lui-même, hypothèse évidemment peu fréquente (4).

(1) Le langage des Institutes est tout à fait conforme à cette idée : *non solidum quod nobis debetur persequimur* (§ 36 *sup.*).

(2) Par cela même qu'il s'agit ici d'une année utile, elle ne commence pas toujours à courir au moment même où le pécule disparaît (L. 1 § 2, *Quand. act. de pec.*).

(3) Seule entre les actions nées des contrats faits par les personnes *alieni juris*, l'action *de peculio* est temporaire par essence (L. 4 §§ 3 et 4, *De exerc. act.* — L. 15, *De inst. act.* — L. 7 § 5, *De trib. act.* — L. 1 § 1, *De in rem vers.*).

(4) Quelques détails vont compléter la théorie générale de l'action *de peculio* :

882 *bis*. *De l'action* DE IN REM VERSO. — On a vu que cette action est régulièrement contenue dans l'action *de peculio*. Je n'ai donc plus qu'à dégager l'utilité qu'elle peut avoir comme action distincte, c'est-à-dire à montrer qu'en certains cas le créancier qui agirait vainement *de peculio* va réussir en agissant *de in rem verso*. Or ce résultat se présente avec évidence, non seulement lorsque l'esclave n'a jamais eu de pécule, mais aussi quand le maître le lui a retiré sans dol, que le premier occupant l'a épuisé (1) ou que l'action *de peculio* est prescrite (L. 1 §§ 1 et 2, *De in rem vers.*).

883. Reste à présenter trois observations générales :

1° Les obligations dont le père de famille est tenu *ex persona*

1° j'ai dit que l'esclave est incapable d'aliéner les biens du pécule, s'il n'en a pas obtenu la *libera administratio*. Cependant il peut contracter des obligations, et pour les exécuter il a besoin d'aliéner. Dirons-nous donc que ce qu'il livre à titre de payement reste la propriété du maître ? Je réponds oui pour ce qui forme en quelque sorte le fonds du pécule, c'est-à-dire pour la plupart des corps certains, non pour les sommes d'argent et les revenus. Cette distinction nous rend compte de divers textes qui au premier aspect semblent se contredire (L. 19, *De fid.*, XLVI, 1. — L. 10, C., *Quod cum eo qui* etc., IV, 26) ; 2° supposons que l'esclave ait fait un contrat synallagmatique. Comme créancier, le maître peut agir *in solidum* ; comme débiteur, il n'est tenu que *de peculio*. Allons-nous donc lui permettre de recueillir ainsi tout le profit du contrat sans en subir toutes les charges? Les textes distinguent : si c'est lui qui demande l'exécution du contrat, il sera tenu *in solidum* ; si c'est la partie adverse, il ne sera tenu que *de peculio* (L. 31 § 1, *De reb. cred.*, XII, 1. — L. 9 pr., *De comp.*, XVI, 2. — L. 57 pr., *De æd. ed.*, XXI, 1) ; 3° soit un esclave indivis entre deux maîtres et placé à la tête d'un pécule qui est aussi leur bien commun. L'action *de peculio* peut être exercée pour le tout contre l'un d'eux, et alors le juge tient compte des dettes réciproques du pécule et du copropriétaire non poursuivi, celui-ci devant ensuite exercer ou subir un recours par les actions *pro socio* ou *communi dividundo* (L. 11 § 9 ; L. L. 12, 15, 16, 27 § 8, *De pec.*) ; 4° lorsque l'esclave a été aliéné, plusieurs textes donnent l'action *de peculio* contre l'acquéreur et néanmoins l'admettent pendant une année encore contre l'aliénateur. Cela implique évidemment que le pécule a été compris, comme c'était l'ordinaire, dans l'aliénation. L'acquéreur est tenu parce qu'il a le pécule, l'aliénateur parce qu'il n'a pas dû le livrer sans en déduire le montant des dettes (L. 11 §§ 7 et 8 ; L. 27 §§ 2 et s. ; L. 37 § 2 ; L. 47 § 6, *De pec.*). Mais cette doctrine ne paraît pas avoir été reçue de tout temps (L. 32 § 2 ; LL. 33 et 34, *De pec.*). Au surplus le légataire du pécule, que ce soit l'esclave lui-même ou un tiers, n'est jamais tenu *de peculio* (L. 1 § 7, *Quand. de pec.*).

(1) Je citerai comme curiosité une hypothèse où le profit retiré par le maître peut être considéré comme provenant pour le tout de deux créanciers qui n'ont entre eux aucun intérêt commun : l'un a prêté de l'argent pour acheter certains objets, l'autre a vendu ces objets, puis l'argent a péri par cas fortuit entre les mains de l'esclave. Le prêteur et le vendeur ont l'un et l'autre l'action *de in rem verso*. Mais comme le maître n'a pas réalisé deux profits, il ne pourra être condamné qu'une fois. On donne donc ici, par exception, la préférence au premier occupant (L. 3 § 10 ; L. 4, *De in rem verso*).

servi aut filii sont évidemment distinctes de celles que contracte elle-même la personne *alieni juris*. Ce qui le prouve, c'est qu'il peut toujours être poursuivi, et que l'esclave ne le peut jamais; c'est aussi que l'une de ces obligations peut être cautionnée sans l'autre (L. 21 § 2, *de fid.*, XLVI, 1), et que la poursuite dirigée contre le père ou le maître ne libère ni la personne *in potestate* ni ses fidéjusseurs (L. 50 § 2, *De pec.* — L. 84, *De sol.*, XLVI, 3). Néanmoins, et c'est ce que je tenais à relever, nos six actions présentent un caractère accessoire que démontrent les décisions suivantes : 1° la *mora* du fils de famille réfléchit contre son père (L. 32 § 3, *De usur.*, XXII, 1); 2° le créancier qui cède ses droits contre le fils est tenu de céder en même temps ses actions contre le père (n° 642); 3° l'acceptilation, la novation et le pacte de remise qui s'appliquent à la dette du fils ou de l'esclave, libèrent du même coup le père ou le maître (n°s 696 *in fine* et 706. — L. 19 § 1, *De pact.*, II, 14).

2° Plusieurs de nos actions peuvent concourir en la personne du même créancier, et alors la règle générale est qu'il doit choisir. L'action *de in rem verso* est la seule qui survive à l'exercice de l'une des autres ou qui ne les éteigne pas (L. 9 § 1, *De trib. act.* — L. 4 § 5, *Quod cum eo*, etc., XIV, 5. — L. 1 § 2, *De in rem vers.*). Comment donc le créancier devra-t-il diriger son choix? Évidemment il préférera toujours une action *in solidum* à celle qui ne lui assure pas une condamnation intégrale (1), et si le concours s'établit entre deux actions *in solidum*, la question manque d'intérêt. Mais supposons qu'il s'agisse des actions *de peculio* et *tributoria*, on ne peut pas d'avance et d'une manière générale dire quelle sera la plus avantageuse. Tout, selon la remarque des Institutes (§ 5 *sup.*), dépendra des circonstances. Ainsi l'action *tributoria* est moins bonne en ce qu'elle n'est jamais donnée contre l'acquéreur de l'esclave et que le gage du créancier se restreint aux valeurs comprises dans le fonds de commerce (L. L. 10 et 11, *De tribut.*) ; mais à d'autres points de vue elle est meilleure, puisqu'elle est perpétuelle et exclut toute préférence pour le premier occupant et pour le maître.

3° D'après les Institutes (§ 8 *sup.*) le créancier peut, au lieu des actions *de in rem verso*, *quod jussu*, *exercitoria* et *institoria*, exercer une *condictio* directe contre le père de famille, et telle était déjà la

(1) Remarquons ici que l'action *tributoria*, à raison même du caractère spécial de l'hypothèse où on la donne, ne peut pas concourir avec les actions *exercitoria* et *institoria*.

doctrine admise au troisième siècle (L. 29, *De reb. cred.*, XII, 1. — L. 17 § 5, *De inst. act.*). Comment l'expliquer? car il semble tout d'abord que cette *condictio* rende inutiles toutes les actions créées par le préteur (1). Dans l'hypothèse d'un *in rem versum*, nous n'avons ici qu'une application toute simple de la théorie qui bien avant la fin de l'époque classique faisait dériver de tout enrichissement sans cause une *condictio*. Quant aux trois autres hypothèses, remarquons bien ce que disent les Institutes : elles fondent la *condictio* sur ce que l'obligation, ayant été contractée par l'ordre direct ou indirect du maître, est réputée contractée par celui-ci lui-même. Or de ce motif je conclus que l'on applique ici la théorie générale qui permet au créancier d'exercer à ses risques et périls une *condictio certi* au lieu de l'action régulièrement engendrée par le contrat (2).

III. — DES ACTIONS NOXALES.

Lib. IV, tit. VIII, *De noxalibus actionibus*, pr. — Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint, noxales actiones proditæ sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut hominem noxæ dedere (Gaius, IV, § 75).

Les délits des esclaves, soit qu'ils aient commis un vol simple ou avec violence, causé un dommage ou injurié quelqu'un, engendrent des actions noxales, où le maître condamné peut choisir entre le payement de l'estimation du litige et l'abandon noxal de l'esclave.

§ 1. — Noxa autem est corpus quod nocuit, id est servus; noxia, ipsum maleficium, veluti furtum, damnum, rapina, injuria.

On appelle *noxa* l'auteur du fait dommageable, c'est-à-dire l'esclave; *noxia*, le délit lui-même, c'est-à-dire le vol, le dommage, la *rapina* et l'injure.

§ 2. — Summa autem ratione per-

C'est avec beaucoup de raison que

(1) D'après quelques interprètes, les Institutes viseraient ici le cas où la personne *alieni juris* a emprunté, promis, ou d'une manière plus générale fait un contrat qui régulièrement engendre une *condictio*. Elles nous donneraient donc une simple application de l'idée précédemment émise, d'après laquelle les actions *adjectitiæ qualitatis* ne sont que les actions vulgaires modifiées. Cette interprétation n'a pas seulement le tort de faire dire aux Institutes une chose naïve et inutile, mais elle est deux fois contredite par le texte qui parle d'une *condictio directa* et qui suppose cette action en concours avec une autre (*directo quoque posse, etc.*).

(2) D'autres interprètes font rentrer ces hypothèses dans celles de l'*in rem versum*. Le père de famille, disent-ils, par cela même qu'il a donné un ordre de contracter, serait réputé enrichi.

missum est noxæ deditione defungi; namque erat iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora domini damnosam esse (Gaius, IV, § 75).

l'on a permis au défendeur de s'acquitter par l'abandon noxal; car il serait inique que les vices de l'esclave fissent perdre au maître autre chose que l'esclave lui-même.

§ 3. — Dominus, noxali judicio, servi sui nomine conventus, servum actori noxæ dedendo liberatur; nec minus perpetuum ejus dominium a domino transfertur: si autem damnum ei cui deditus est servus resarcierit quæsita pecunia, auxilio prætoris, invito domino manumittetur.

Le maître poursuivi par l'action noxale du chef de son esclave se libère en faisant au demandeur l'abandon noxal de cet esclave, et alors la propriété en est transférée à perpétuité. Si pourtant celui qui a reçu l'abandon vient à être indemnisé par les acquisitions de l'esclave, celui-ci doit être affranchi, même contre le gré de son maître, à l'aide de l'intervention du préteur.

§ 4. — Sunt autem constitutæ noxales actiones, aut legibus, aut edicto prætoris : legibus, veluti furti lege duodecim tabularum, damni injuriæ lege Aquilia; edicto prætoris, veluti injuriarum et vi bonorum raptorum (Gaius, IV, § 76).

Les actions noxales ont été établies ou par les lois ou par l'édit du préteur : par les lois, comme les actions *furti* et *damni injuriæ*, qui viennent l'une des douze tables et l'autre de la loi Aquilia; par l'édit du préteur, comme les actions d'injure et de vol commis avec violence.

§ 5. — Omnis autem noxalis actio caput sequitur : nam si servus tuus noxiam commiserit, quamdiu in tua potestate sit, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; et si manumissus fuerit, directo ipse tenetur, et extinguitur noxæ deditio. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit : nam si liber homo noxiam commiserit, et is servus tuus esse cœperit, quod quibusdam casibus effici primo libro tradidimus, incipit tecum esse noxalis actio, quæ antea directa fuisset, (Gaius, IV, § 77).

Toute action noxale suit la personne du délinquant. Ainsi tant que votre esclave reste sous votre puissance, ses délits donnent action contre vous; s'il passe sous la puissance d'un tiers, c'est contre ce tiers que l'action compète; enfin si l'esclave vient à être affranchi, lui-même est tenu directement, et il n'y a plus lieu à l'abandon noxal. En sens inverse, une action directe devient aussi noxale : et en effet, qu'un homme libre commette un délit, puis devienne votre esclave, ce qui arrive en certains cas que nous avons indiqués dans le premier livre, et dès lors l'action qui jusque-là était directe compète contre vous comme action noxale.

§ 6. — Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur : namque inter dominum et eum qui in potestate ejus est, nulla obligatio nasci potest ; ideoque, et si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo cujus nunc in potestate sit, agi potest. Unde, si alienus servus noxiam tibi commiserit, et is postea in potestate tua esse cœperit, intercidit actio, quia in eum casum deducta sit in quo consistere non potuit; ideoque, licet exierit de tua potestate, agere non potes, quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest (Gaius, IV, § 78).

Le délit commis par un esclave envers son maître n'engendre aucune action ; car entre un maître et la personne soumise à sa puissance il ne peut pas naître d'obligation; et en conséquence, l'esclave venant à passer sous la puissance d'un tiers ou à être affranchi, aucune action ne compète ni contre lui ni contre le nouveau maître. Il suit de là que si l'esclave d'autrui commet un délit envers vous, puis tombe en votre puissance, l'action s'éteint, parce que, dans hypothèse où l'on se trouve désormais, elle ne pourrait pas naître. C'est donc en vain que l'esclave sort plus tard de votre puissance, vous ne pouvez néanmoins pas agir ; de même que si c'était le maître qui eût commis un délit envers son esclave, et que celui-ci vînt ensuite à être affranchi ou aliéné, le maître ne serait pas pour cela soumis à une action.

§ 7. — Sed veteres quidem hæc et in filiisfamilias masculis et feminis admisere. Nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut pene per corpus pater magis quam filius periclitetur, quum in filiabus etiam pudicitiæ favor hoc bene excludit? Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, quum apud veteres legum commentatores invenimus sæpius dictum, ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri.

Tout ce qui vient d'être dit des esclaves, les anciens l'appliquaient aussi aux fils et aux filles de famille. Mais les nouveaux principes répugnent avec raison à une telle rigueur, et dans la pratique elle a tout à fait disparu. Qui en effet consentirait à faire l'abandon noxal de son fils et de sa fille, abandon presque plus cruel pour le père que pour le fils, et que les droits de la pudeur condamnent surtout à l'égard des filles ? Aussi décidons-nous que les actions noxales ne s'appliqueront plus qu'aux délits des esclaves. Ne voyons-nous pas, en effet, les anciens interprètes des lois répéter souvent que les fils de famille peuvent être

Lib. IV, tit. XVII, *De officio judicis*, § 1. — Ideo que si noxali judicio addictus est, observare debet ut, si condemnandus videbitur dominus ita debeat condemnare : *Publium Mævium Lucio Titio decem aureos condemno, aut noxam dedere.*

poursuivis directement pour leurs délits ?

C'est pourquoi, dans une action noxale, s'il y a lieu de condamner le maître, le juge doit prendre pour règle de formuler ainsi la condamnation : je condamne Publius Mævius à payer dix sous d'or à Lucius Titius, ou à lui livrer le délinquant.

884. Toute action pénale se donne, s'il y a lieu, noxalement. Les actions noxales sont donc civiles ou prétoriennes, selon l'origine du délit qu'elles sanctionnent (§ 4 *sup.*), et cela ne contredit point ce que j'ai dit plus haut (nº 876), qu'elles sont fondées sur un principe fourni par le droit civil ; cela prouve simplement que le préteur s'est approprié ce principe.

Les actions noxales ont pour cause une obligation personnelle dont l'esclave est tenu *ex delicto*, elles remplacent l'action qui serait donnée contre lui-même s'il était libre. Nous devons donc d'abord, et cela bien entendu en le supposant pubère ou *pubertati proximus*, rechercher si les actes illicites dont il est l'auteur matériel constituent dans tous les cas un délit à sa charge, un délit qui permette de le poursuivre lui-même une fois affranchi et qui en attendant donne lieu à l'action noxale. L'affirmative ne fait aucun doute lorsqu'il agit spontanément, soit que le maître connaisse ou ignore le fait, l'approuve ou le désapprouve. Il n'y a de difficulté qu'autant que le délit a été commis sur l'ordre formel du maître, et la difficulté naît du conflit perpétuel que l'esclavage établit entre le droit civil et le droit naturel (L. 32, *De reg. jur.*, L, 17). Qu'est-ce que l'esclave en effet? Selon le droit civil, c'est une chose; selon le droit naturel, c'est une personne. La question est donc de savoir s'il doit être traité comme un instrument sans conscience et par conséquent sans responsabilité, ou si au contraire son devoir d'obéissance finit où commence le délit. Les Romains paraissent n'avoir admis absolument ni l'un ni l'autre de ces deux points de vue. Ils excusent l'obéissance de l'esclave toutes les fois que le fait ordonné ne présente pas *atrocitatem sceleris aut facinoris* (L. 157 pr., *De reg. jur.* — L. 11 § 3, *Quod vi aut clam*, XLIII, 24). Si je ne me trompe pas sur le sens de cette formule un peu vague, elle signifie qu'en principe le délit

commis sur l'ordre et par la crainte du maître n'oblige point l'esclave, et cela parce que sa désobéissance pourrait lui attirer un châtiment sévère, lui coûter la vie peut-être. Telle est bien la doctrine indiquée par Ulpien (L. 2 § 1, *De nox. act.*, IX. 4). Le maître est donc alors seul obligé, comme s'il avait lui-même exécuté l'acte qu'il a commandé. Mais cette indulgence cesse quand le délit est accompagné de circonstances qui lui impriment une gravité particulière. Ainsi le vol commis avec violence ne sera point traité comme le vol simple, ni l'injure atroce comme l'injure ordinaire. Ici nous aurons deux coupables, le délit sera réputé commun au maître et à l'esclave. Le même résultat ne peut-il pas aussi être attaché à la seule importance du préjudice causé? Cela est fort croyable, de sorte qu'en dernière analyse tout ici se ramène à une question de fait, et par là se concilient des textes qui au premier aspect semblent se contredire les uns les autres (L. 21 § 1, *Rer. amot.*, XXV, 2. — L. 20, *De obl. et act.*, XLIV, 7. — L. 17 § 7, *De inj.*, XLVII, 10) (1).

Nous venons de voir qu'un même délit peut obliger tout ensemble le maître et l'esclave. Cela est vrai non seulement lorsque celui-ci ne fait qu'exécuter un ordre auquel il devrait résister, mais aussi toutes les fois qu'il agit *domino sciente et non prohibente*. Dans de tels cas le maître est tenu de deux actions, l'une directe fondée sur sa propre obligation, l'autre noxale fondée sur l'obligation de l'esclave (L. 2 § 1, *De nox. act.*) (2). Donc en aliénant ou en affranchissant le délinquant, il se soustrait bien à l'action noxale qui, d'après les principes que j'exposerai tout à l'heure, passe alors contre l'acquéreur ou est remplacée par une action donnée contre l'affranchi lui-même, mais il ne se libère pas de l'action directe. Du reste la personne lésée par le délit ne peut que choisir entre les deux actions dont elle est investie : jamais elle ne les cumule (L. 4 §§ 1 et 3; L. 7 § 1, *De nox. act.*) (3),

(1) Même en matière criminelle on excuse quelquefois l'esclave qui n'a fait qu'obéir à son maître (L. 17 § 7, *De inj.* — L. 14 pr.; L. 15 § 3, *De leg. Corn. de fals.*, XLVIII, 10). La question consiste toujours à rechercher si le fait est *atrox*.

(2) D'après ce texte, Celsus avait en cette matière une doctrine qui n'était pas celle de tous les jurisconsultes. Je la résume comme il suit. D'abord il assimilait la tolérance du maître à un ordre positif. Ceci admis, il distinguait entre le délit de la loi Aquilia, et le *furtum*. Quant au délit de la loi Aquilia, il excusait l'obéissance de l'esclave et tenait le maître pour seul obligé. Son opinion à cet égard n'était pas isolée (L. 37 pr., *Ad. leg. Aqu.*, IX, 2). Quant au *furtum*, et peut-être aussi en ce qui concerne les autres délits prévus par les douze tables, il admettait la doctrine inverse.

(3) Le cumul n'aurait-il pas été conforme aux principes généraux du droit ro-

d'où il résulte que l'action noxale ne présente ici qu'une médiocre utilité. Pour lui donner tout son intérêt, il faut supposer l'esclave seul obligé, et cela implique que le maître n'a pas connu le délit, ou, ce qui revient au même, n'a pas pu ou a vainement voulu s'y opposer (LL. 3 et 4 pr., *De nox. act.* — L. 2, C., *De nox. act.*, III, 41). Cette hypothèse est certainement la plus ordinaire, et c'est celle où se placent la plupart des textes qui ont trait à l'action noxale.

Établir, comme je viens de le faire, que cette action a pour cause une obligation qui est celle de l'esclave et non du maître, c'est établir sous une autre forme que celui-ci n'est tenu que *propter rem*. Ce qu'il doit, ce n'est donc pas la peine attachée au délit, c'est la *deditio noxalis*; et cependant, je l'ai déjà dit (n° 876), on lui permet de se libérer en payant la peine; on le lui permet non seulement après la sentence, alors que, comme nous l'allons bientôt voir, l'objet de son obligation se trouve transformé, mais même avant toute poursuite. En effet, le délinquant peut être d'un prix fort supérieur au montant de la peine, surtout si le délit n'a causé qu'un préjudice médiocre, et n'implique pas chez son auteur un de ces vices qui ôtent toute valeur à un esclave. Dans de tels cas le maître est intéressé à conserver son esclave et ne doit pas être plus mal traité que s'il était lui-même l'auteur du délit (1). Voilà pourquoi la *deditio noxalis* n'est que facultative et non obligatoire.

885. Ces préliminaires posés, voyons quelles sont les personnes tenues de l'action noxale. L'analyse de quelques textes va nous permettre de dégager la règle générale. D'une part, nous voyons que l'action noxale n'est donnée ni contre les simples détenteurs, tels que le commodataire ou le dépositaire, ni contre ceux qui, comme le gagiste ou le précariste, ont une véritable possession, mais dépourvue de l'*animus domini* (LL. 18, 22 pr. et § 1, *De nox. act.*). D'autre part on la donne contre quiconque possède *animo domini*, de bonne ou mauvaise foi, et en sens inverse on la refuse contre le propriétaire qui ne possède pas (L. L. 11 et 13, *De nox. act.* — L. 21, C., *De furt.*). Que conclure de tout cela, sinon que pour être tenu de l'action

main? je le crois, car nous avons ici deux délinquants. Si on le rejeta, ce fut sans doute parce que dans l'hypothèse la plus ordinaire les deux actions auraient été données contre le maître lui-même, et alors sa position eût été pire que s'il avait personnellement commis le délit.

(1) Plusieurs textes supposent très nettement que le payement de la peine peut être moins onéreux que la *deditio noxalis* (L. 17 § 1; L. 20, *De nox. act.* — L. 25 § 15, *Fam. ercisc.*, X, 2).

noxale il faut avant tout posséder l'esclave délinquant, et propriétaire ou non, se comporter comme tel? Mais cette condition ne suffit pas : il y en a une autre qui consiste à avoir l'esclave *in potestate*, et cette expression prend ici un sens particulier; elle signifie qu'en fait on a l'esclave à sa disposition, qu'on peut l'exhiber et le livrer. Supposons donc qu'il soit en voyage ou en fuite, ou, si l'on veut, qu'il ait été affecté à un créancier gagiste et que l'argent manque pour le dégager : dans tous ces cas le possesseur ne sera pas tenu (L. 7; L. 21 § 1; L. 22 § 2, *De nox. act.*) (1). En résumé, l'action noxale compète contre quiconque a tout à la fois la possession légale *animo domini* et la possession de fait (2). Le maître n'en est donc jamais tenu que comme possesseur, non comme maître, et si les textes la supposent presque toujours donnée contre lui, c'est qu'en fait la possession est rarement séparée de la propriété (3).

De la règle qui vient d'être posée il résulte que tant que l'action noxale n'a pas été intentée, elle ne se fixe pas, comme les autres actions personnelles, sur un sujet déterminé une fois pour toutes. A cet égard elle est essentiellement mobile, elle subit toutes les vicissitudes de la possession elle-même. Ainsi l'esclave délinquant vient-il à mourir, elle s'éteint d'une manière absolue (L. 39 § 4; L. 42 § 1, *De nox. act.*). Est-il *derelictus*, provisoirement elle ne peut être délivrée

(1) Quand l'esclave est simplement absent, le maître qui le possède doit promettre de le représenter *in jure* ou de l'exhiber aussitôt que cela sera possible. C'est sous cette réserve qu'il n'est pas tenu de défendre à l'action noxale (L. 2 § 1, *Si ex nox. caus. ag.*, II, 9). Peut-être faut-il en dire autant de tout possesseur *animo domini* qui en fait n'a pas l'esclave *in potestate*.

(2) L'action *legis Aquiliæ* échappe à cette règle. On la refuse contre le possesseur qui n'est pas propriétaire et on la donne contre le propriétaire qui ne possède pas (L. 27 § 3, *Ad leg. Aqu.*, IX, 2). Il y a là une anomalie fort difficile à expliquer. Peut-être que les Romains raisonnèrent ainsi : la loi Aquilia suppose un dommage causé *corpore* (n° 678 *in fine*). Or l'esclave peut être comparé à l'instrument qu'on emploie pour causer le dommage. Mais cet instrument, le possesseur ne l'a ni manié ni dirigé. Comment donc le soumettre à l'action noxale? Ceci admis, il fallait bien donner action contre le maître; sinon, le délit fût resté dépourvu de toute sanction.

(3) En dehors des personnes qui sont véritablement tenues de l'action noxale, c'est-à-dire placées dans l'alternative d'y défendre ou de faire l'abandon noxal, il y en a d'autres qui ont simplement la faculté d'y défendre. Tel est d'abord le cas du propriétaire ou du possesseur de bonne foi, lorsque l'esclave est absent (L. 21 § 1, *De nox. act.*). Tel est aussi le cas du gagiste, de l'usufruitier, et de tous ceux qui ont un droit réel sur l'esclave, mais cela en supposant que le maître soit absent ou ne veuille pas défendre (L. 17 § 1; L. 26 § 6; L. 27 pr., *De nox. act.*). Ces personnes ont un intérêt qui leur permet de plaider en leur propre nom, par conséquent sans fournir la caution *judicatum solvi*.

contre personne (L. 38 § 1, *De nox. act.*). Change-t-il de maître ou est-il affranchi : dans le premier cas, elle se donne contre le nouveau propriétaire et non plus contre l'ancien, et dans le second cas, elle est remplacée par une action directe qui compète contre l'affranchi lui-même. Ce sont ces divers résultats et particulièrement les deux derniers que Gaius (IV, § 77) et Justinien (§ 5 *sup.*) expriment en ces termes : *noxalis actio caput sequitur*. D'autres textes disent : *noxa caput sequitur* (L. 2 pr., *Si ex nox. caus.*, II, 9. — L. 43, *De nox. act.* — L. 1, C., *De nox. act.*, III, 41), et cette seconde formule convient peut-être mieux aux diverses hypothèses que j'ai indiquées, sauf celle d'une aliénation. En outre, elle a l'avantage d'être plus complète : elle implique, en effet, que si une personne *sui juris* commet un délit, puis devient esclave avant d'avoir été poursuivie, l'action directe disparaît dès lors pour faire place à l'action noxale, de même que nous avons vu, dans l'hypothèse d'un affranchissement, l'action noxale remplacée par l'action directe (§ 5 *sup.*).

La règle *noxa caput sequitur* s'applique alors même que le délit n'a pas immédiatement fait naître une action, par exemple, s'il a été commis par un esclave fugitif, abandonné, ou appartenant à une hérédité jacente (L. 40, *De nox. act.* — L. 17 § 3; L. 44 § 2; L. 64, *De furt.*, XLVII, 2). Mais on la met absolument de côté lorsque la personne atteinte par le délit n'est autre que le possesseur lui-même. C'est, en effet, une règle générale que là où les délits commis par un esclave envers des tiers nous soumettraient à l'action noxale, ceux qu'il commet envers nous-mêmes ne nous donnent aucune action et demeurent à jamais sans effet (L. 21, C., *De furt.*, VI, 2). Supposons donc qu'un esclave possédé par son maître l'injurie ou le vole. Tant que l'état de choses actuel subsiste, toute poursuite est forcément impossible, car on n'agit pas contre soi-même. Mais que le maître aliène ou affranchisse l'esclave, et l'on concevrait que la règle *noxa caput sequitur* reprît son application : cependant l'aliénation ne donne pas lieu à l'action noxale, ni l'affranchissement à l'action directe (Gaius, IV, § 78. — § 6 *sup.* — L. 6, C., *An serv. ex suo fact.*, IV, 14) (1). Appliquons le même principe aux délits commis contre un

(1) Les textes cités paraissent rattacher ces résultats à la propriété du maître plutôt qu'à sa possession, et ils les expliquent en disant qu'aucune obligation ou action ne peut naître entre deux personnes dont l'une est soumise à la puissance de l'autre. Mais l'inexactitude de ce point de vue est facile à démontrer. Supposons en effet qu'un esclave fugitif commette un vol au préjudice de son maître, puis

simple possesseur, et nous dirons avec Justinien que, celui-ci venant à perdre la possession, le maître qui la recouvre n'est pas tenu de l'action noxale (L. 21, C., *De furt.*) (1). Par voie de conséquence, ne devait-on pas décider que si la personne lésée acquérait, avant la *litis contestatio*, la possession de l'esclave délinquant, toute action *ex delicto* serait définitivement éteinte (2)? Tel fut, en effet, le sentiment de l'école Sabinienne. Mais selon les Proculiens, l'action était seulement paralysée par un obstacle temporaire : elle ne faisait que sommeiller (*quiescere*), de sorte que si plus tard l'esclave venait à être affranchi ou aliéné, une poursuite recommençait à être admise, soit contre lui-même, soit contre l'acquéreur (Gaïus, IV, § 78). Justinien (§ 6 *sup.*) fit prévaloir la doctrine des Sabiniens (3) ; et en effet quoiqu'ils la fondassent sur cette idée très contestable qu'une action ne peut subsister dans des conditions où elle ne pourrait naître (4), elle était plus équitable et aussi plus logique en ce sens qu'il n'y a pas de raison pour distinguer entre celui qui possédait l'esclave au jour du délit et celui qui ne l'a possédé que plus tard. En résumé donc, par cela seul que la possession de l'esclave délinquant appartient à la personne lésée, les conséquences légales du délit ou ne se produisent pas ou disparaissent pour toujours (5).

tombe en la possession d'un tiers. Le maître, qui ne possédait pas son esclave au jour du délit et qui ne l'a pas possédé depuis, pourra-t-il agir contre le possesseur? Oui, répond Ulpien (L. 17 § 3, *De furt.*, XLVII, 2), et cette décision prouve clairement que, comme le maître n'est pas tenu de l'action noxale par cela seul qu'il est propriétaire, de même elle ne lui est pas non plus refusée pour cette seule raison. Il ne faut donc pas transporter ici la théorie admise en matière de contrats et dire que les délits de l'esclave envers son maître ne donnent jamais naissance à aucune action.

(1) Cette solution avait été controversée, et cela parce qu'elle dépendait d'une autre question également discutée qui était celle-ci : l'action noxale devait-elle être donnée contre le possesseur qui n'était pas propriétaire? On remarquera que Justinien parle seulement du possesseur de bonne foi, mais ses décisions s'appliquent aussi, et à plus forte raison, au possesseur de mauvaise foi.

(2) Gaius et Justinien, dans les textes qui vont être bientôt cités, semblent supposer que l'individu lésé acquiert la propriété. Mais cette supposition n'est pas nécessaire, et je n'y puis voir qu'une suite de la confusion d'idées que j'ai précédemment signalée (page 1180, note 1.)

(3) Une trace de l'opinion Proculienne se rencontre au Digeste (L. 64, *De furt.*). Du reste il est probable que dans cette opinion l'action intentée contre l'acquéreur ou le *manumissor* était fort souvent paralysée par une exception. Comment comprendre par exemple que le maître qui vendait l'esclave pût ensuite évincer l'acheteur?

(4) Voir n° 400 *in fine*, et T. II, page 748, note 1.

(5) Je n'ai envisagé que des hypothèses simples et ordinaires. En voici d'autres :

886. Supposons maintenant, ce qui est le fait ordinaire, que l'action compète contre le maître, et plaçons-nous successivement *in jure, in judicio*, et *post condemnationem*.

In jure. — Si le maître se présente, il choisit, telle est la règle générale, entre deux partis : ou faire immédiatement l'abandon noxal, afin d'échapper à toute poursuite, ou défendre (1), et alors la formule est délivrée *cum noxæ deditione*, c'est-à-dire avec une clause portant que la condamnation lui laissera l'option entre le payement de la peine et l'abandon noxal (L. 21 pr. ; L. 29, *De nox. act.*). Si au contraire le maître ne se présente pas et que nul ne défende à sa place, un décret du magistrat autorise le demandeur à prendre possession de l'esclave et à l'usucaper (L. 26 § 6 ; L. 32, *De nox. act.*). Mais le maître est-il dépouillé d'une manière définitive ? Oui, si son absence était calculée. Non, s'il était de bonne foi. Dans ce second cas l'*in integrum restitutio* lui est accordée, et toutes choses se retrouvant ainsi entières, il peut venir défendre. La même voie est ouverte aux autres personnes qui avaient des droits réels sur l'esclave et qui n'ont pas pu se présenter pour les faire valoir (L. 30, *De nox. act.*).

A. Trois hypothèses particulières doivent être signalées, toutes les trois supposant la présence du maître : 1° il a cessé par dol de posséder ; par exemple, en vue de se soustraire aux poursuites, il a fait fuir l'esclave, l'a aliéné ou affranchi. Ici l'action est délivrée *sine noxæ deditione*, de telle sorte que le délit constaté emportera condamnation pure et simple à la peine, et cela quand même l'esclave serait mort

1° le maître contre qui a été commis le délit avait acquis l'esclave en vertu d'un contrat qui autorisait ou obligeait l'aliénateur à en reprendre la propriété dans un cas donné. Par exemple, l'aliénation avait eu lieu soit *contracta fiducia* pour cause de gage, soit en exécution d'une vente faite sous condition résolutoire ou sans déclaration des vices rédhibitoires. Dans cette situation le maître lésé n'a pas d'action *ex delicto*. Mais la réparation du dommage qu'il a pu subir lui est due par celui qui reprend la propriété, et encore celui-ci peut-il se libérer de cette obligation par l'abandon définitif de l'esclave (L. 17 § 2 ; L. 61 §§ 1 et 2 ; L. 67 § 3, *De furt.*) ; 2° la victime du délit était dès le principe ou est ultérieurement devenue copropriétaire de l'esclave délinquant, et bien entendu à cette copropriété correspond la possession. Cela suffit pour l'empêcher d'acquérir ou de conserver l'action noxale. Mais l'action en partage mettra ses copropriétaires dans l'alternative de réparer le dommage ou d'abandonner leur part de l'esclave (L. 8, *De nox. act.* — L. 61 pr., *De furt.* — L. 17 § 9, *De inj.*, XLVII, 10).

(1) Ce second parti est raisonnable, lorsque des doutes planent sur le fait même du délit ou sur la culpabilité de l'esclave, et aussi lorsque le maître peut espérer que le payement de la peine lui sera moins onéreux que l'abandon noxal.

pendente judicio (L. 2 § 1, *Si ex nox. caus.* — L. 16, *De nox. act.*) (1); 2° le maître nie avoir l'esclave *in potestate;* son adversaire peut alors ou lui déférer le serment ou se faire délivrer une action *sine noxæ deditione*. Dans le premier cas, le serment prêté rend non recevable toute action fondée sur la possession actuelle du maître; dans le second cas, l'abandon noxal lui est interdit, mais il n'est condamné qu'autant que la demande est justifiée selon le droit commun (L. 21 §§ 2 et 6; L. 22 § 4; L. 23, *De nox. act.*); 3° le maître qui possède et ne le nie pas refuse tout à la fois de faire l'abandon noxal et de défendre. Tout se passe alors comme si, de mauvaise foi, il n'avait pas comparu *in jure* (L. 22 § 3; L. 26 § 6, *De nox. act.*) (2).

In judicio. — Un point certain, c'est qu'après comme avant la *litis contestatio* le défendeur est tenu *propter rem* plutôt qu'en vertu d'une obligation personnelle. Concluons de là qu'il échappe à toute condamnation non seulement en faisant l'abandon noxal, mais aussi lorsqu'il ne possède pas et n'a pas perdu la possession par dol (L. 21 pr., *De nox. act.*). Par voie de conséquence, la mort de l'esclave ou tout autre cas fortuit qui aurait rendu l'abandon impossible entraîne absolution. C'est la doctrine qu'Ulpien applique lorsqu'il s'agit d'un *statuliber* ou d'un esclave légué sous condition, et que la condition se réalise *pendente judicio* (L. 16, *De nox. act.*) (3).

C'est ici le lieu de rechercher si les actions noxales sont arbitraires, en d'autres termes, si le défendeur ne peut être condamné qu'après que le juge lui a vainement intimé l'ordre d'abandonner l'esclave délinquant. La question est née d'un texte des Institutes qui semble la trancher affirmativement, en disant que dans les actions arbitraires la satisfaction consiste quelquefois en un abandon noxal (§ 31, *De act.*). Dans le même sens, on allègue aussi le langage de certains textes du

(1) Cette action ne se cumule ni avec l'action noxale qui compète contre l'acquéreur, ni avec l'action directe dont l'affranchi est tenu, et il suffit que ces personnes se déclarent prêtes à défendre en leur propre nom pour qu'une exception couvre le maître originairement tenu (L. L. 24, 25, 26 pr., *De nox. act.*).

(2) Un texte attribué à Ulpien porte qu'en cette hypothèse le maître est condamné comme *contumax* (L. 21 § 4, *De nox. act.*). Cela se conçoit dans la procédure extraordinaire, mais cela était impossible à l'époque formulaire.

(3) Si le défendeur est en demeure, la mort de l'esclave arrivée avant ou après la *litis contestatio* ne le libère pas. Cette observation expliquera plusieurs textes (L. 26 § 4; L. 39 § 4; L. 42 § 1, *De nox. act.*). Notons que l'esclave venant à périr par le délit d'un tiers, la responsabilité du maître n'est pas entièrement dégagée. Il reste tenu de céder son action *legis Aquiliæ* (arg. de la L. 1 § 16, *Si quadr. paup.*, IX, 1).

Digeste (L. 14 § 1; L. 19 pr., *De nox. act.*). Ce qui est sûr, c'est qu'un tel ordre, s'il est vraiment donné par le juge, n'a rien d'obligatoire; il ne peut avoir que la portée d'une invitation ou d'un avertissement, et par conséquent n'est sanctionné ni par le *juramentum in litem* ni par l'intervention de la *manus militaris*. Mais ces réserves faites, je ne vois aucune raison pour récuser l'autorité des Institutes (1). En effet, l'abandon noxal doit être accompagné d'une *cautio*, et en vertu d'une règle déjà étudiée (T. II, p. 897) il peut comprendre des accessoires, tels que les acquisitions faites par l'esclave depuis la *litis contestatio*. Or, ne faut-il pas qu'avant de rendre sa sentence définitive, le juge règle la forme de ces *cautiones*, détermine ces accessoires, en un mot fournisse au défendeur les éléments nécessaires pour apprécier le parti qu'il lui conviendra de prendre? Cela est d'autant plus nécessaire que la condamnation, comme nous l'allons voir, aggrave à plusieurs égards la condition du défendeur.

Ajoutons que le montant de la condamnation s'apprécie d'après les mêmes règles que si le défendeur était lui-même l'auteur du délit. Mais, ainsi que je l'ai déjà indiqué, la sentence n'est pas pure et simple : elle exprime que le condamné peut choisir entre la *litis æstimatio* et l'abandon noxal (§ 1 *sup.*, *De off. jud.*).

Post condemnationem. — Désormais la situation du défendeur est toute changée. Au lieu de n'être tenu que *propter rem*, il est personnellement obligé au payement de la *litis æstimatio*, et l'abandon noxal n'est plus pour lui qu'une *facultas solutionis* (L. 6 § 1, *De re jud.*, XLII, 1). Donc il ne serait plus libéré par la mort fortuite de l'esclave. Au surplus, cette *facultas solutionis* disparaît dès que l'action *judicati* est exercée (L. 20 § 5, *De her. pet.*, V, 3).

889. La *deditio noxalis* a besoin d'être étudiée en elle-même. Il faut en préciser l'objet, la nature et les effets.

Quant à son objet, les textes distinguent. L'abandon intervient-il avant toute condamnation : le défendeur doit le transport de tous les droits qu'il a sur l'esclave, mais ne doit rien de plus (LL. 15 et 29,

(1) On a donné une autre explication du texte des Institutes. Il signifierait seulement que les actions pénales qui sont arbitraires par leur nature demeurent telles quand elles sont délivrées noxalement. Proposition incontestable, mais qui n'explique rien! Supposons, en effet, une action *de dolo* ou *quod metus causa* noxale : la question n'est pas de savoir si l'*arbitrium* du juge s'applique à la satisfaction que comporterait l'action directe, mais s'il s'applique aussi à l'abandon noxal. Je remarque, en outre, que l'action *legis Aquiliæ*, qui n'est pas arbitraire d'après le droit commun, paraît bien le devenir quand elle est noxale (L. 19 pr., *De nox. act.*).

De nox. act.). Le possesseur se contente donc de remettre la possession, et le propriétaire transfère la propriété avec les droits réels qui la grèvent. Si au contraire une condamnation a déjà été prononcée, l'abandon doit toujours porter sur la propriété elle-même, et cette propriété doit être absolument libre de droits réels (L. 69, *De sol.*, XLVI, 3). Une telle sévérité n'a rien d'excessif, si l'on songe qu'elle peut être évitée par un abandon fait *in jure* ou *in judicio*. Dans tous les cas, au surplus, le défendeur est tenu de fournir la *cautio de dolo* et de garantir expressément l'éviction qui résulterait de son propre fait (L. 14 § 1 ; L. 32, *De nox. act.*).

L'abandon noxal est indivisible, et de là les deux décisions suivantes : 1° lorsque le délit a été commis par un esclave commun, le demandeur peut agir pour le tout contre l'un quelconque des copropriétaires ; mais celui qui est ainsi poursuivi n'échappe pas à la condamnation par le simple abandon de sa part, il faut que ses copropriétaires concourent avec lui pour rendre l'abandon complet (L. 8, *De nox. act.*) (1) ; 2° supposons qu'une chose indivise ait été volée endommagée ou détruite par l'esclave d'un tiers. Si l'un des copropriétaires lésés agit seul, l'abandon noxal doit néanmoins lui être fait pour le tout ; sinon, il obtient la *litis æstimatio* pour sa part (L. 27 §2, *Ad. leg. Aqu.*, IX, 2. — L. 19 pr., *De nox. act.*).

Les effets de la *deditio noxalis* sont très simples en ce qui concerne le défendeur. Selon l'époque où il intervient, elle le dérobe à l'action, le fait absoudre ou le libère de la condamnation prononcée (2). Quant

(1) Tant qu'il n'y a pas eu *litis contestatio*, le propriétaire poursuivi fait valablement l'abandon de sa part, et alors les droits de l'acquéreur contre les autres copropriétaires se règlent par l'action en partage, conformément à une observation déjà faite (T. II, page 1197, note 5).

(2) Nous pouvons supposer que du chef d'un même esclave le maître est tenu de plusieurs actions noxales, soit envers la même personne, soit envers plusieurs. S'il paye une fois la *litis æstimatio*, il n'éteint qu'une action. Au contraire, un seul abandon noxal le libère de toutes. Cependant le créancier qui a déjà obtenu une condamnation garde ses droits nonobstant l'abandon fait à un tiers Ce sont là des points qui paraissent certains (L. 14 pr. ; L. 20, *De nox. act.*). Mais que deviennent les actions dont le maître s'affranchit en abandonnant l'esclave? Si elles appartenaient à l'acquéreur lui-même, la règle *noxa caput sequitur* veut qu'elles soient éteintes. Si au contraire elles appartenaient à des tiers, la même règle conduit à décider que désormais elles compètent contre l'acquéreur ; cette doctrine avait été rejetée par Ofilius, mais Paul nous apprend qu'elle était suivie dans la pratique (L. 1 § 1 *in fine* ; L. 2 pr., *Si ex nox. caus.*). Cependant je crois que l'acquéreur devait être protégé par une exception, lorsque l'abandon lui avait été fait sur l'ordre du juge ou après condamnation : autrement nous aboutirions à

au demandeur, si nous nous plaçons dans l'hypothèse ordinaire, le droit qui lui est acquis n'est autre que le droit de propriété. C'est donc un droit perpétuel et que personne ne peut lui enlever. Les Institutes (§ 3 *sup.*), aussitôt après avoir constaté ce principe, ajoutent que néanmoins, le jour où les acquisitions faites par l'esclave égaleront le dommage causé par son délit (1), le préteur interviendra pour contraindre son nouveau maître à l'affranchir. Cette décision, dont on ne trouve pas la moindre trace dans les textes des jurisconsultes, doit être considérée comme une innovation de Justinien. Je dirai tout à l'heure quelle en est l'origine; pour le moment je me borne à faire remarquer qu'elle se résout en une faveur pour les esclaves qui en sont le moins dignes, qu'elle les encourage à commettre des délits dans l'espérance d'être abandonnés et de se racheter ensuite par leur travail ou à l'aide de quelque heureux hasard. Reste à prévoir deux hypothèses spéciales : 1° l'esclave abandonné peut être grevé d'un droit d'hypothèque ou d'usufruit. Or nous avons vu que le créancier hypothécaire et l'usufruitier ne sont pas tenus de l'action noxale. Cependant le bon sens nous dit que ces personnes doivent souffrir du délit de l'esclave au même titre et pour les mêmes raisons que le propriétaire. Aussi décide-t-on que si l'abandon a été fait de bonne foi, elles ne seront admises à exercer leur droit contre l'acquéreur qu'en lui offrant le payement de la *litis æstimatio* (L. 17 § 2, *De usuf.*, VII, 1) (2). 2° l'abandon peut avoir été fait par un simple possesseur, et alors il ne confère au demandeur qu'un juste titre qui lui permet d'usucaper. Mais le propriétaire qui veut empêcher l'usucapion de s'accomplir n'a qu'à payer la *litis æstimatio*, et sa revendication triomphe (LL. 11 et 28, *De nox. act.* — L. 58, *De rei vind.*, VI, 1. — T. I, p. 563, note 2).

888. Dans le droit classique, les délits des fils de famille produisent contre le père les mêmes conséquences que ceux des esclaves contre le maître. Les uns et les autres engendrent des actions noxales soumises aux mêmes principes généraux. Cependant les deux hypothèses doivent être distinguées à plusieurs points de vue : 1° le fils de famille

cette absurdité que le créancier qui agirait après tous les autres serait seul assuré de garder l'esclave.

(1) Ce que l'on appelle dommage en cette matière, ne serait-ce pas le montant de la peine ou la *litis æstimatio*?

(2) Un texte porte que sur la demande du propriétaire poursuivi, le préteur intervient pour forcer l'usufruitier à choisir entre le payement de la *litis æstimatio* ou l'abandon de sa part (L. 17 § 1, *De nox. act.*). Cette intervention prévient toute discussion sur la question de savoir si l'abandon a été fait de bonne foi.

étant capable de défendre en justice, le demandeur n'est pas réduit ici à l'action noxale. S'il le préfère, il agit directement contre l'auteur du délit, et cette voie peut être beaucoup plus avantageuse. Nous avons vu, en effet, que la condamnation obtenue contre le fils s'exécute contre le père par l'action *de peculio* (n° 768 *in fine*) (1); 2° l'abandon noxal transporte ici, non pas la propriété, mais la puissance connue sous le nom de *mancipium* (n° 122). Il se fait donc nécessairement dans la forme de la mancipation. Mais une controverse d'intérêt secondaire partageait les jurisconsultes. Tous partaient de cette idée que le père de famille doit éteindre définitivement sa puissance paternelle. Seulement les Proculiens exigeaient pour cela trois mancipations successives, lorsqu'il s'agissait d'un enfant mâle au premier degré, tandis que les Sabiniens se contentaient d'une seule. La première opinion s'appuyait sur le texte des Douze Tables que nous avons vu appliqué en cas d'émancipation (n° 119); dans la seconde, on soutenait que ce texte n'avait trait qu'aux mancipations volontaires (Gaius, IV, § 79); 3° j'ai déjà dit (n° 122) que lorsque les acquisitions faites par le fils de famille abandonné ont réparé les conséquences de son délit, il peut exiger sa *manumissio* et à cet effet recourir au préteur (2). Ce droit perdant, comme on va le voir, son ancienne application sous Justinien, ce prince le transporta sans réflexion aux esclaves.

L'abandon noxal d'une personne libre avait quelque chose d'inhumain, celui d'une fille de famille présentait des dangers particuliers et choquait les bonnes mœurs. Justinien, touché de ces considérations, décida que les délits des personnes libres ne donneraient plus lieu à l'action noxale et que le créancier se contenterait de son action directe contre le délinquant (§ 7 *sup.*). Mais nous devons nous demander sur quels biens s'exécutera la condamnation obtenue. La difficulté n'existe pas si le fils de famille est propriétaire d'un pécule *castrense* ou *quasi castrense*, non plus que s'il est muni d'un pécule profectice.

(1) Du principe même sur lequel cette décision est fondée on conclut que si le fils poursuivi meurt *post litem contestatam*, l'action est transférée contre le père, mais en changeant de caractère : elle devient action *de peculio* et *de in rem verso* (L. 57, *De jud.*, V, 1).

(2) Le texte de Papinien qui nous donne ce renseignement (*Coll. leg. mos.*, t. II, cap. 3) ajoute que l'acquéreur du *mancipium* n'est pas tenu de l'action *fiduciæ*. Cela veut dire que le père ne peut pas exiger que son enfant lui soit remancipé, afin de l'affranchir lui-même et de se procurer ainsi les *jura patronatus*. Une convention formelle en ce sens serait nulle. On veut que l'enfant abandonné noxalement ne puisse retomber à aucun titre sous la puissance de son père.

Mais supposons qu'il n'ait que des biens adventices, c'est-à-dire des biens dont la disposition ne lui appartient pas, ou qu'il n'ait rien du tout, le créancier n'aura pour le moment d'autre ressource que l'exécution sur la personne, et encore avons-nous vu que la législation de Justinien permet aux fils de famille d'échapper à l'emprisonnement par une *bonorum cessio* (n° 788).

IV. — APPENDICE RELATIF A L'ACTION *de pauperie.*

Lib. IV, tit. IV, *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*, pr. — Animalium nomine quæ ratione carent, si quidem lascivia aut fervore aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege duodecim tabularum prodita est. Quæ animalia, si noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem, quia ita lex duodecim tabularum scripta est, utputa si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit. Hæc autem actio in iis quæ contra naturam moventur locum habet : ceterum, si genitalis sit feritas, cessat. Denique si ursus fugit a domino et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desiit dominus esse ubi fera evasit. Pauperies autem est damnum sine injuria facientis datum; nec enim potest animal injuriam fecisse dici quod sensu caret. Hæc quod ad noxalem pertinet actionem.

Une action noxale est établie par la loi des Douze Tables à raison du dégat causé par des animaux dans un accès de bonne humeur, de passion ou de férocité. En les abandonnant le défendeur se libère, car ainsi décident les Douze Tables, par exemple quand par suite d'une habitude un cheval a donné des coups de pied, ou un bœuf des coups de corne. Cette action ne concerne que les animaux qui agissent contrairement à la nature de leur espèce, et non ceux qui sont naturellement féroces. Aussi, en supposant le dommage causé par un ours en fuite, son ancien maître ne peut pas être poursuivi; car il a perdu sa propriété par l'évasion de l'animal. On appelle *pauperies* le dommage qui ne contient pas violation du droit ; en effet, d'un animal qui est dépourvu de raison on ne peut pas dire qu'il a violé le droit. Voilà ce qui a trait à l'action noxale.

§ 1. — Ceterum, sciendum est ædilitio edicto prohiberi nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere qua vulgo iter fit; et, si adversus ea factum erit, et nocitum libero homini esse dicetur, quod bo-

Au surplus, il faut savoir que l'édit des édiles nous défend de tenir un chien, un porc, un sanglier, un ours ou un lion dans des endroits où l'on a l'habitude de passer. En cas de contravention, si le dommage atteint

num et æquum judici videtur, tanti dominus condemnatur; ceterarum rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Præter has autem ædilitias actiones, et de pauperie locum habebit : nunquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit.

un homme libre, le propriétaire est condamné à une somme que le juge apprécie d'après l'équité; dans les autres cas, la condamnation est du double du dommage. Mais ces actions édilitiennes n'excluent pas l'action *de pauperie;* en effet, quand plusieurs actions, surtout des actions pénales, naissent du même fait, l'exercice de l'une n'éteint pas l'autre.

889. L'action *de pauperie* compète à celui qui a souffert d'un dommage causé par un animal appartenant à autrui. Ce dommage, étant l'œuvre d'un être sans raison et sans responsabilité, exclut forcément toute idée de dol ou de faute, en d'autres termes ne contient pas de violation du droit (*injuria*), et pour cela on l'oppose au *damnum injuria datum* en l'appelant *pauperies*, mot qui désigne simplement le fait d'un perte matérielle (pr. *sup.*—L. 1 § 3, *Si quadr. paup.*, IX, 1). Semblable en cela aux actions dont un chef de famille est tenu pour les délits de ses esclaves, l'action *de pauperie* dérive de ce principe que les dommages provenant de notre chose nous soumettent à une obligation qui a cette chose pour tout gage. Elle est donc noxale, bien que n'ayant pas sa source dans un délit, et elle l'est par essence; car contre qui la donnerait-on directement? Ce n'est pas à coup sûr contre l'animal lui-même. Un autre point essentiel à noter, c'est que la *litis æstimatio* ne dépasse jamais ici la valeur du dommage. Notre action peut donc appauvrir le défendeur; mais jamais elle n'enrichit le demandeur, et en conséquence on peut la classer parmi les actions pénales *a parte rei tantum*.

Les conséquences du caractère pénal et du caractère noxal étant déjà connues, je me contenterai d'indiquer les conditions auxquelles l'action *de pauperie* est subordonnée. Si nous envisageons la pratique telle qu'elle était fixée à l'époque des jurisconsultes, ces conditions se réduisent à deux : 1° il faut que l'animal auteur du dommage ait un propriétaire, s'il est *res nullius*, l'action ne peut être exercée contre personne (L. 1 § 10, *Si quadr. paup.*); 2° il faut que l'animal ait agi d'une façon absolument spontanée et qui ne puisse en quelque sorte être imputée qu'à lui-même. On refuse donc l'action *de pauperie*, non seulement lorsqu'il a été poussé par des provocations

directes, mais aussi lorsque son fait est la conséquence d'une faute quelconque commise par les personnes chargées de le garder ou de le conduire (L. 1 §§ 4 à 7, *Si quadr. paup.* — L. 52 §§ 2 et 3, *Ad leg. Aqu.*, IX, 2) (1).

Trois autres conditions paraissent avoir été primitivement exigées, mais on finit par les mettre de côté, et, en leur absence, on donna l'action *de pauperie* utile : 1° d'abord il est certain que la loi des Douze Tables ne prévoyait que le dommage causé par les quadrupèdes ; mais cela tenait sans doute à ce que telle est l'hypothèse la plus fréquente, et l'on comprit vite qu'une interprétation littérale serait ridicule (L. 4, *Si quadr. paup.*) ; 2° la loi des Douze Tables ne visait même pas tous les quadrupèdes : elle excluait ceux qui appartiennent à une espèce naturellement féroce, et tel est encore le principe posé par Ulpien et par Justinien (L. 1 § 10, *Si quadr. paup.* — pr. *sup.*) Mais qu'il eût été abandonné dans la pratique, tous les deux commettent une confusion qui nous le prouve. Tous les deux, en effet, commencent par conclure du principe que le dommage causé par un ours échappé ne donnera pas lieu à l'action *de pauperie* contre son ancien maître ; puis comme explication de cette décision, ils ajoutent qu'en recouvrant sa liberté naturelle l'ours est redevenu *res nullius*. Qu'est-ce à dire ? Évidemment que si l'ours avait un propriétaire, l'action serait accordée au moins *utilitatis causa*, et qu'en conséquence, si on la refuse dans l'espèce, cela ne tient pas à la férocité naturelle de l'animal ; 3° très probablement les Douze Tables supposaient, comme le fit plus tard la loi Aquilia, que le dommage atteignait une chose proprement dite, et non pas une personne libre. Mais Gaius nous apprend que de son temps cette restriction était unanimement repoussée (L. 3, *Si quadr. paup.*).

A l'occasion de l'action *de pauperie*, les Institutes (§ 1 *sup.*) signalent une disposition de l'édit des édiles qui défend de tenir un

(1) Par cette règle s'explique la décision donnée dans le cas où deux animaux, qui n'appartiennent pas à la même personne, se tuent ou se blessent réciproquement. On ne peut pas alors donner l'action aux deux propriétaires ; on la donne donc à celui dont l'animal a été provoqué, l'autre devant se reprocher de n'avoir pas exercé une surveillance assez active (L. 1 §§ 8 et 11, *Si quadr. paup.*). Au surplus, lorsque la personne à qui l'on peut imputer le fait de l'animal n'est pas celle même qui en souffre, elle est tenue d'une action *utilis legis Aquiliæ* ou d'une simple action *in factum*.

(2) On ne confondra pas cette action avec l'action *de eo quod positum aut suspensum est* (T. II, p. 682). Celle-ci ne suppose pas de dommage réalisé et aboutit à une peine fixe de dix sous d'or.

chien, un porc, un sanglier, un ours ou un lion, et certainement l'énumération n'est pas limitative, dans un endroit où tout le monde peut passer. En cas de contravention, le dommage réalisé donne lieu à une action dont la portée varie selon les cas. S'agit-il d'un homme libre blessé, la condamnation n'a pas de base bien déterminée, le juge l'apprécie donc *ex bono et æquo*. Si un homme libre a été tué, elle est de deux cents solides. En toute autre hypothèse, elle a pour objet le double du dommage (LL. 40, 41 et 42, *De æd. ed.*, XXI, 1). Cette action, au surplus, se cumule avec l'action *de pauperie*.

DES EXCEPTIONS.

SOMMAIRE : I. Notions générales. — II. Distinction des exceptions civiles et prétoriennes, proposées ou non dans l'édit. Des exceptions *in factum*. — III. Distinction des exceptions fondées sur l'équité ou sur l'ordre public. — IV. Distinction des exceptions péremptoires ou dilatoires, perpétuelles ou temporaires. — V. Distinction des exceptions *rei cohærentes* et *personæ cohærentes*. — VI. Effet des exceptions. Comment elles se perdent. — VII. Des *replicationes, duplicationes, triplicationes*, etc. — VIII. De l'exception *doli mali*. — IX. Application de l'exception *doli mali* en matière de compensation. — X. De l'exception *rei judicatæ*. — XI. De l'exception *quod facere potest*.

I. — NOTIONS GÉNÉRALES.

Lib. IV, tit. XIII, *De exceptionibus*, pr. — Sequitur ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatæ autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur. Sæpe enim accidit ut, licet ipsa persecutio qua actor experitur justa sit, tamen iniqua sit adversus eum cum quo agitur (Gaius, IV, §§ 115 et 116).

Occupons-nous maintenant des exceptions. Elles ont été introduites pour protéger ceux contre qui l'action est dirigée. Souvent, en effet, il arrive que la poursuite du demandeur, quoique conforme au droit, blesse l'équité à l'égard du défendeur.

§ 1. — Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus, stipulanti Titio promisisti quod non debueras, palam est jure civili te obligatum esse, et actio, qua intenditur dare te oportere, efficax est; sed iniquum est te condemnari, ideoque datur tibi exceptio metus causa aut doli mali, aut in factum composita, ad impugnandam actionem.

Par exemple, si, poussé par la crainte, surpris par dol ou cédant à une erreur, vous avez promis à Titius ce que vous ne deviez pas, d'après le droit civil, vous êtes évidemment obligé et l'action par laquelle on prétend que vous devez donner est efficace ; mais il y aurait iniquité à vous condamner, et l'on vous donne, pour repousser l'action, une exception de dol, de crainte ou *in factum*.

§ 2. — Idem juris est, si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit, neque numeravit : nam eam pecuniam a te petere posse eum certum est, dare enim te oportet, quum ex stipulatione tenearis ; sed quia iniquum est eo nomine te condemnari, placet per exceptionem pecuniæ non numeratæ te defendi debere. Cujus tempora nos, secundum quod jam superioribus libris scriptum est, constitutione nostra coarctavimus (Gaius, IV, § 116).

La règle est la même si quelqu'un a stipulé de vous une somme qui devait vous être prêtée, et que la numération n'ait point été faite. Car que cette somme puisse vous être demandée, cela est certain ; puisque vous êtes lié par une stipulation, vous êtes tenu de donner. Mais comme dans l'espèce il serait inique que vous fussiez condamné, on admet que vous pouvez vous défendre par une exception tirée du défaut de numération. La durée de cette exception, comme on l'a vu précédemment, a été restreinte par notre constitution.

§ 3. — Præterea debitor, si pactus fuerit cum creditore ne a se peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur. Qua de causa efficax est adversus eum actio qua actor intendit *si paret eum dare oportere ;* sed quia iniquum est contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conventi (Gaius, IV, § 116).

En outre, s'il a été convenu que le créancier ne demanderait rien à son débiteur, celui-ci demeure néanmoins obligé, parce qu'un simple pacte ne dissout pas entièrement les obligations. C'est pourquoi il peut encore être poursuivi par l'action dont l'*intentio* est conçue en ces termes : *s'il paraît qu'un tel doit donner*. Mais comme une condamnation contraire à la convention serait inique, il est protégé par l'exception de pacte.

§ 6. — Hæc exempli causa retulisse sufficiat. Alioquin, quibus ex multis variisque causis exceptiones necessariæ sint, ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris intelligi potest.

C'est assez des exemples qui viennent d'être rapportés. Les longs développements donnés au Digeste ou aux Pandectes feront comprendre combien sont nombreuses et diverses les causes qui rendent les exceptions nécessaires.

890. Les moyens que le défendeur peut opposer à une action portent le nom générique de *defensiones* et se partagent en deux catégories (1). Les uns sont la négation pure et simple du droit allégué :

(1) Les *præscriptiones* formèrent pendant longtemps une troisième catégorie (nos 921 et s.).

on dit qu'ils opèrent *ipso jure*, mais on ne leur donne pas de nom spécial. Les autres tendent à paralyser la demande sans la contredire, sans nier qu'elle soit conforme au droit (*justa*) : on les appelle *exceptiones* (pr. *sup.* — Gaius, IV, § 116) (1). Pour rendre cette distinction plus claire, plaçons-nous dans l'hypothèse d'une action *ex stipulatu*. Le défendeur allègue-t-il, par exemple, que l'interrogation et la réponse n'ont pas concordé, que la chose promise était hors du commerce, que la stipulation a été affectée d'une condition impossible, ou, sans contester la validité du contrat, prétend-il avoir payé, nové, reçu acceptilation, voilà autant de moyens qui opèrent *ipso jure*. Tous en effet se ramènent à dire que l'obligation dont l'existence est affirmée n'est jamais née ou est entièrement éteinte. Si donc ils sont fondés, c'est que l'*intentio* est fausse; et si elle est exacte, c'est qu'ils ne sont pas fondés. Qu'au contraire le défendeur prétende n'avoir promis que par crainte, par dol, par erreur, en vue d'une somme d'argent qui ne lui a point été comptée, ou encore, qu'il se dise libéré par un pacte de remise ou par un serment extrajudiciaire, de tels moyens ne constituent que des exceptions (§§ 1, 2, 3, 4, *De except.*). Reconnus justes, ils aboutiront sans aucun doute à détruire la force de l'*intentio* (*elidere intentionem*, L. 17, *De evict.*, XXI, 2); mais ils n'impliquent pas qu'elle soit inexacte en elle-même, ils ne la nient pas, puisque selon les principes du droit civil une stipulation se forme nonobstant tous vices du consentement et en dehors de toute numération, et, qu'une fois formée, elle ne s'éteint ni par une pacte, ni par un serment. Ceci bien compris, on voit tout de suite que les moyens de défense tirés du fond du droit ne comportent pas d'explications particulières. On les connaît quand on a étudié la formation et l'extinction des divers droits. Tel n'est pas le cas des exceptions. Elles supposent un antagonisme dans la législation ; elles expriment un droit de formation postérieure qui a réagi et prévalu contre un droit plus ancien, mais non abrogé. Aussi exigent-elles une étude spéciale, sans laquelle on pourrait bien connaître les théories du droit pur (*ipsum jus*), mais on se ferait une idée fausse de la pratique.

891. Le sens même de la distinction qui nous occupe nous en ré-

(1) Ces deux textes, si on les isolait, pourraient suggérer des idées fausses. L'un et l'autre semblent supposer que toutes les exceptions sont fondées sur un motif d'équité, et celui de Gaius ferait croire qu'elles ont toutes une origine prétorienne. Nous verrons bientôt que si ces deux propositions expriment le fait ordinaire, elles ne sont pas d'une exactitude absolue.

vèle la haute importance historique. Au point de vue pratique, son principal intérêt se rapporte à la procédure formulaire, et se déduit logiquement de la mission du juge, telle que l'ai définie (n° 775). Voici en quoi il consiste. Quand la défense s'appuie sur un moyen tiré du fond du droit, le juge peut et doit en admettre la preuve sans que la formule lui confère à cet effet aucun pouvoir spécial. Car la question *an paret dare oportere*, qui lui est posée dans l'*intentio*, contient nécessairement la question inverse *an paret dare non oportere*, ou, pour mieux dire, les deux questions n'en font qu'une, ainsi que le montrent avec tant de clarté les mots *si non paret, absolvito*, qui terminent toute *condemnatio*. S'agit-il, au contraire, d'une exception : c'est une règle générale qu'elle doit être proposée *in jure* (Cic., *De inv.*, II, 19) et expressément insérée dans la formule, sinon la preuve n'en est pas recevable (Gaius, IV, § 125 (1). En effet, quand le juge est purement et simplement chargé de vérifier si tel droit appartient au demandeur, cette question ne comprend pas l'examen des faits qui pourraient paralyser le droit sans le détruire (2). Du principe que l'exception a besoin d'être écrite dans la formule deux conséquences découlent : c'est que plusieurs exceptions peuvent être proposées ensemble et insérées dans la même formule (LL. 5 et 8, *De exc.*, XLIV, 1), et que le recours à une exception n'importe pas renonciation aux défenses tirées du fond, et réciproquement (L. 9, *De exc.* — L. 43 pr., *De reg. jur.*, L, 17). Décider en sens contraire, ce serait imposer une déchéance au défendeur, puisque, si devant le juge il ne réussissait pas à établir le moyen que la formule lui permet de faire valoir, la preuve des autres lui serait interdite. Au surplus, par la chute du système formulaire, ces deux règles changèrent de forme plutôt qu'elles ne périrent : il resta vrai qu'en usant d'un moyen de défense, on ne renonçait pas à en faire valoir d'autres.

Indépendamment de la procédure, notre distinction est encore intéressante à deux points de vue : 1° les défenses tirées du fond sont nécessairement perpétuelles et absolues, c'est-à-dire qu'aucun laps de temps ne les éteint, et qu'elles peuvent être opposées, quels que soient

(1) De là l'expression *ponere exceptionem* (LL. 38 et 65 pr., *De rei vind.*, VI, 1).

(2) Il y a des cas où le caractère d'un moyen de défense est incertain ou discuté. La *datio in solutum* nous en a offert un exemple (n° 691), et l'on en rencontre bien d'autres (L. 3 § 5, *Naut. caup.*, IV, 9. — L. 4, *Usufr. quem. cav.*, VII, 9. — L. 29 § 1, *De evict.*, XXI, 2). La prudence conseille alors de le faire insérer dans la formule.

le demandeur et le défendeur. Sans doute les exceptions elles-mêmes sont très souvent aussi perpétuelles et absolues, mais nous verrons qu'elles ne le sont pas toujours. Ces caractères, en effet, ne sont pas une conséquence générale de leur nature. On les leur reconnaît ou on les leur refuse selon les motifs particuliers d'où elles dérivent ; 2° un moyen de défense tiré du fond ne saurait être détruit par un pacte, cela résulte de la règle *ex pacto actio non nascitur*. La proposition inverse n'est certainement pas vraie de toutes les exceptions; mais elle n'a rien de contraire à leur essence, et nous avons vu notamment que l'exception *pacti conventi* peut être neutralisée par un pacte ultérieur (t. II, p. 749 et 751).

A. En s'attachant aux deux derniers points de vue qui viennent d'être indiqués, on comprendra sans peine que si la distinction des défenses au fond et des exceptions perdit son plus grand intérêt par la chute du système formulaire, elle put néanmoins lui survivre, et effectivement elle lui survécut. Mais l'avait-elle précédé? En d'autres termes, les exceptions étaient-elles déjà usitées dans la procédure des *legis actiones?* Non, nous dit Gaius (IV, § 108). Voilà un langage qui paraît bien clair et bien absolu. Pourtant il faut nous garder d'une équivoque et ne rien exagérer. Gaius veut dire que l'exception considérée dans sa forme, c'est-à-dire comme partie accessoire de la formule, était inconnue avant la procédure formulaire. Mais veut-il dire aussi qu'à cette époque ancienne on n'admît aucun des moyens de défense qui plus tard purent être opposés par voie d'exception? Le contraire me paraît facile à démontrer. Et d'abord certaines exceptions du droit classique ne sont que des transformations de moyens qui jadis opéraient *ipso jure*. Sur ce point Gaius lui-même (IV, §§ 107 et 108) nous fournit un exemple concluant. Il nous apprend que de son temps le défendeur qui avait été une première fois poursuivi par voie d'action réelle ne pouvait repousser une nouvelle demande qu'à l'aide des exceptions *rei judicatæ* ou *rei in judicium deductæ*, tandis qu'autrefois il était protégé *ipso jure*. En second lieu, quelques exceptions, nous le verrons bientôt, se rattachent à des lois ; or parmi ces lois, plusieurs, comme les lois Plætoria et Cincia, sont antérieures à la procédure formulaire. Donc à l'origine le moyen de défense qu'elles fournissaient ne constituait pas une exception, mais il n'en existait pas moins, et toute la question est de savoir sous quelle forme il se produisait. Selon toute probabilité, il devait être proposé et examiné *in jure*, et ce n'est qu'autant que le magistrat le jugeait non fondé qu'il

laissait procéder à l'accomplissement de la *legis actio* (1). En résumé, s'il est vrai que beaucoup d'exceptions, que le plus grand nombre sans doute furent créées sous le système formulaire, il est vrai aussi que plusieurs fonctionnaient avant lui et ne lui durent que leur nom et leur forme.

892. J'ai dit que les exceptions doivent être insérées dans la formule. Leur place naturelle est marquée entre l'*intentio* et la *condemnatio*. Elles viennent après l'*intentio*, parce qu'elles n'ont besoin d'être prouvées qu'autant que celle-ci est vérifiée ; elles précèdent la *condemnatio*, parce que le juge ne peut rendre sa sentence qu'après les avoir examinées (2). Le tour ordinaire de leur rédaction nous est connu par Gaius (IV, § 119). Comme modèles, ce jurisconsulte nous cite les exceptions *doli mali* et *pacti conventi* ainsi conçues : *Si in ea re nihil dolo molo A.*[i] *A.*[i] *factum si neque fiat, si inter A.*[m] *A.*[m] *et*

(1) Une autre conjecture a été proposée. On a dit que les faits qui à l'époque classique engendrent des exceptions péremptoires donnaient lieu, au temps des *legis actiones*, à une *sponsio*. J'ai constaté moi-même le fréquent usage de ce procédé (T. II, p. 967, note 1), et je ne nie pas qu'il pût être appliqué ici. Mais je ne crois pas qu'il le fût en règle générale. Le principal texte sur lequel on s'appuie appartient à Plaute (Rudens, V, 3, v. 24) et ne me paraît pas décisif. Un personnage de condition honteuse, nommé Labrax, a promis une grosse somme d'argent à l'esclave Gripus, mais il veut se soustraire à l'exécution de sa promesse. Voici ses paroles : *Cedo quicum habeam judicem, ni dolo malo instipulatus sis, nive etiamdum haud siem quinque et viginti annos natus*. Cela signifie, dit-on, qu'il provoque son adversaire à une *sponsio* sur laquelle s'engagera un procès où seront soumises au juge les deux questions suivantes : la promesse de Labrax n'a-t-elle pas été surprise par dol, et n'est-il pas protégé par la loi Plætoria comme mineur de vingt-cinq ans ? Mais cette interprétation me paraît forcée. Labrax veut dire simplement : je consens à plaider, si le magistrat lui-même ne reconnaît pas que ma promesse est le résultat d'un dol et que je suis mineur de vingt-cinq ans. Au surplus, on a conclu du texte de Plaute que bien avant l'introduction de l'exception *doli mali* le dol pouvait fournir un moyen de défense ; mais cette doctrine ne paraît pas pouvoir être admise d'une manière générale. Dans l'espèce le moyen de défense n'est pas fondé seulement sur le dol, mais sur le dol joint à la minorité de vingt-cinq ans.

(2) Ulpien présente les exceptions comme tendant *ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est* (L. 2 pr., *De exc.*). D'où l'on a conclu qu'elles peuvent tout aussi bien figurer dans la *condemnatio* que la précéder. J'accorde qu'il y a dans cette idée une large part de vérité, et j'en tirerai parti plus loin. Ce qui est inadmissible, c'est que l'exception pût indifféremment venir après l'*intentio* ou être enclavée dans la *condemnatio*. Comme tous les autres éléments de la formule, elle devait avoir, en règle générale, une place fixe et déterminée d'avance ; et si parfois elle figurait dans la *condemnatio*, ce ne pouvait être que pour des raisons spéciales. A mes yeux la phrase précitée signifie simplement que le contenu de l'*intentio* se retrouvant dans la *condemnatio*, l'exclusion de l'une emporte exclusion de l'autre. Je tiens donc la particule *ve* pour équivalente à *que*, ce qui n'est pas sans exemple.

*N.*m *N.*m *non convenit ne ea pecunia peteretur* (1). Ainsi l'exception, comme l'*intentio*, affecte la forme d'une condition mise au pouvoir de condamner; mais, au lieu d'être positive, cette condition est négative, et elle devait l'être puisque l'exception vise à empêcher la condamnation qui serait la conséquence régulière de l'*intentio* une fois établie. Il nous est facile à présent de saisir l'enchaînement que forment ensemble l'*intentio*, l'exception et la *condemnatio*. Elles signifient que le juge devra condamner si l'*intentio* est exacte et que l'exception ne le soit pas, mais qu'en sens inverse, si l'exception est fondée, il devra absoudre nonobstant la justesse de l'*intentio*.

Les exceptions se rencontrent en toute espèce d'actions (2). Elles sont donc fort nombreuses (§ 6 *sup.*). Elles le sont d'autant plus qu'elles se tirent de tous les faits propres à engendrer des actions, parfois même de faits qui n'en engendrent aucune (3), car on favorise plus volontiers la défense que l'attaque (L. 125; L. 156 § 1, *De reg. jur.*). C'est assez dire que je ne chercherai pas à dresser une liste complète des exceptions. Au lieu de les compter, il faut les classer. Mais en les classant je serai amené à en faire connaître particulièrement plusieurs. Un grand nombre ont déjà été étudiées ou indiquées à propos des matières auxquelles elles se rapportent. Sur quelques-unes seulement je donnerai des explications spéciales que leur importance exige et qui n'ont pas trouvé place ailleurs.

(1) Les exceptions sont quelquefois reliées à l'*intentio* par l'une des particules *at* ou *aut* (L. 2 pr.; L. 9 § 2, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2. — L. 15, *De obl. et act.*, XLIV, 7). Quelquefois elles commencent par *extra quam* ou *extra quam si*, et alors leur forme n'est pas négative (L. 1 § 16, *De flum.*, XLIII, 12. — Cic., *De inv.*, I, 33). Beaucoup de textes pourraient faire croire qu'elles affectaient aussi les formes suivantes : *quod non tu vi aut clam feceris, quod pecunia ob hominem illum expromissa est qui redhibitus est, quod res judicata est inter me et te* (L. 7 §§ 3 et 4, *Quod vi aut. clam.*, XLIII, 24. — L. 14, *De exc.* — L. 11 § 3, *De exc. rei jud.* — Mais, selon moi, ces textes se réfèrent à l'objet plutôt qu'à la forme des exceptions. On s'en convaincra par deux rapprochements (L. 1 § 1, *Fam. erc.*, X, 2, et L. 13, *De exc.* — L. 9 § 2, et L. 11 § 3, *De exc. rei jud.*).

(2) Si l'on se rappelle qu'à son origine la procédure formulaire ne s'appliqua qu'aux actions personnelles, on jugera vraisemblable que les exceptions aient été usitées dans ce genre d'actions avant de l'être dans les actions réelles. Cette conjecture est confirmée par la marche des explications de Gaius. La notion générale que ce jurisconsulte nous donne des exceptions ainsi que les premiers exemples qu'il cite ne se réfèrent qu'aux actions personnelles (IV, § 116). Puis dans un paragraphe spécial (§ 117) il nous avertit que les actions réelles comportent aussi des exceptions. Les Institutes de Justinien ont conservé une trace de ce procédé d'exposition (§ 4, 2e phr., *De except.*).

(3) Comme exemple, je citerai le cas de celui qui a construit ou planté de bonne foi sur le sol d'autrui (nos 257 et 258).

II. — DISTINCTION DES EXCEPTIONS CIVILES ET PRÉTORIENNES, PROPOSÉES DANS L'ÉDIT OU DONNÉES *cognita causa*. — EXCEPTIONS *in factum*.

Lib. IV, tit. XIII, *De exceptionibus*, § 7. — Quarum quædam e legibus, vel ex iis quæ legis vicem obtinent, vel ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt (Gaius, IV, § 118).

Certaines exceptions dérivent des lois ou des sources assimilées aux lois, les autres viennent de la juridiction du préteur.

893. Considérées dans leur origine, et indépendamment de leur forme qui est toujours prétorienne, les exceptions se divisent en deux classes. Les unes, en très petit nombre, tirent leur existence (*substantiam capiunt*) du droit civil, c'est-à-dire d'une loi ou d'une source analogue. Telles sont notamment les exceptions fondées sur les lois Cincia et Plætoria, sur les sénatusconsultes Velléien, Macédonien et Trébellien (n°s 168, 393, 407, 579, 591). Les autres, et c'est la très grande majorité, sont de pures créations prétoriennes (§ 7 *sup.* — Gaius, IV, § 118) (1).

Cette division n'offre qu'un intérêt historique. Mais elle donne lieu à une difficulté. On s'explique très bien, en effet, que les innovations prétoriennes, n'ayant par elles-mêmes qu'une autorité temporaire, se produisent sous une forme qui les distingue du droit civil. Voilà pourquoi le préteur, créant des moyens de défense, recourt pour les mettre en œuvre à la forme de l'exception, de même que, lorsqu'il introduit une action, elle est généralement fictice ou *in factum*. Mais comment comprendre qu'un moyen de défense organisé par une loi ou par un sénatusconsulte n'opère pas toujours *ipso jure?* L'explication me paraît assez simple. Comme il y a nombre de cas où le droit prétorien paralyse le droit civil, ainsi il y en a quelques-uns où le droit civil lui-même, sans toucher à ses principes généraux, leur ôte certaines applications. C'est dans de tels cas qu'il recourt à la forme de l'exception, et cette forme n'est que le signe d'une dérogation au droit commun, un hommage rendu à la permanence du principe général (2). Re-

(1) On a parfois contesté l'existence d'exceptions fondées sur le droit civil; mais les textes allégués en ce sens (L. 3 § 1, *De pec. const.*, XIII, 5. — Cic., *De inv.*, II, 19; *Ad Her.*, I, 12) ne prouvent rien, selon moi, et eussent-ils la portée qu'on leur donne, ils ne sauraient prévaloir contre l'évidence.

(2) La forme de mon langage se réfère tout particulièrement aux exceptions créées

prenons, pour nous convaincre, les exemples déjà donnés. L'exception *legis Cinciæ* vient paralyser l'effet d'une mancipation ou d'une promesse régulière ; mais en dehors du cas prévu, ces actes conservent toute leur vertu. Les exceptions *legis Plætoriæ*, *Velleiani*, *Macedoniani*, infirment dans des hypothèses particulières l'obligation contractée par un mineur de vingt-cinq ans, par une femme, par un fils de famille ; mais ces personnes gardent leur capacité générale. Enfin l'exception *hereditatis restitutæ ex Trebelliano* écarte, dans les rapports de l'héritier fiduciaire et des créanciers héréditaires, l'application de la règle *semel heres semper heres ;* mais hors de là cette règle reste dans toute sa force. Au surplus, n'avons-nous pas vu le droit civil créer parfois une propriété bonitaire (n° 282), une *bonorum possessio* (n° 444), une action fictice (n° 793), et exiger des stipulations pareilles aux stipulations prétoriennes (T. II, p. 763, note 1) ? Nous retrouvons donc ici un fait déjà constaté : c'est que le droit civil, quand il se corrige lui-même ou se complète, emprunte volontiers les procédés prétoriens.

894. Parmi les exceptions, les unes, nous dit Gaius (IV, § 118), sont proposées dans l'édit, les autres se donnent *cognita causa*. Rien n'est plus clair que le sens et l'intérêt de cette distinction. Une exception est-elle proposée dans l'édit : non seulement on en connait d'avance la formule générale, mais on sait à quelles conditions elle est subordonnée, à qui par conséquent elle doit être accordée ou refusée. Dire au contraire qu'une exception se donne *cognita causa*, cela signifie qu'elle n'est promise à personne, que tout dépend de l'examen des circonstances et du pouvoir discrétionnaire du magistrat. Du reste, il faut éviter ici une confusion. Les exceptions mêmes qui sont proposées dans l'édit ne sont jamais délivrées sans un examen préalable : il faut bien, en effet, que le préteur vérifie s'il y a correspondance entre les allégations du défendeur et les conditions exigées par l'édit. Mais là se borne la *cognitio causæ :* on sait donc d'avance sur quoi elle portera (1).

par des lois postérieures au système formulaire. Mais mon idée est vraie même des exceptions fondées sur des lois plus anciennes.

(1) L'observation qui vient d'être faite nous explique pourquoi Papinien (L. 57, *Mand.*, XVII, 1) présente comme donnée *cognita causa* l'exception *justi dominii* qui certainement devait figurer dans l'édit. Bien mieux, nous voyons quelquefois le préteur déclarer lui-même, dans le texte où il propose l'exception, qu'il ne l'accordera que *cognita causa.* Tel est le cas de l'exception *quod facere potest* (L. 2 pr., *Quod cum eo*, etc., XIV, 5. — L. 22 § 1, *De re jud.*, XLII, 1).

Les exceptions proposées dans l'édit forment évidemment la très grande majorité, et ce sont les seules qui puissent faire l'objet d'une véritable étude, puisque seules elles sont soumises à des règles fixes. Parmi elles figurent au premier rang les exceptions fondées sur le droit civil.

Quant aux exceptions données *cognita causa*, elles sont de deux sortes : les unes sont absolument en dehors des prévisions de l'édit, les autres ne sont que l'extension d'une exception régulière à un cas non prévu (1), elles s'inspirent de l'esprit, sinon de la lettre de l'édit, et c'est à elles que convient proprement la qualification d'exceptions utiles (L. 21, *De præscr. verb.*, XIX, 5) (2).

895 *a*. Plusieurs textes mentionnent des exceptions *in factum*. Comme il n'y a pas d'exceptions rédigées dans la forme des *intentiones in jus*, les mots *in factum* ne correspondent pas ici à la même antithèse que dans la matière des actions, mais on va voir qu'ils n'en conservent pas moins une signification tout à fait semblable. Ce qui distingue tout d'abord les exceptions *in factum*, c'est qu'elles n'ont pas de nom particulier, je les opposerai donc aux exceptions nommées. Au fond, elles ont pour caractère essentiel de limiter les pouvoirs du juge à la vérification pure et simple d'un fait qu'elles déterminent et décrivent. Un exemple très saisissant nous est fourni par Paul (*Fr. vat.*, § 310). L'espèce est celle d'une demande tendant à obtenir la tradition d'une chose mancipée ou le payement d'une promesse. Le défendeur prétend que le droit allégué par son adversaire a pour cause une donation qui tombe sous le coup de la loi Cincia. Il opposera, dit Paul, ou l'exception *Cinciæ* ou une exception *in factum* ainsi conçue : *Si non donationis causa mancipavi aut promisi me daturum*. La différence entre ces deux formes se comprend tout de suite. L'exception *Cinciæ* n'indique pas directement, ne précise pas les faits soumis

(1) Comme exemple, je citerai l'exception *onerandæ libertatis causa*. L'hypothèse est celle-ci : Un esclave vient d'être affranchi par la volonté spontanée de son maître, c'est-à-dire sans conditions antérieurement convenues. Aussitôt la liberté acquise (*in continenti*), le maître devenu patron fait faire à l'affranchi une promesse, mais sans intention de la lui faire exécuter et afin de le tenir dans une dépendance perpétuelle par la crainte d'une poursuite toujours imminente. Si l'affranchi est poursuivi, il opposera très régulièrement notre exception. Mais supposons la promesse faite après coup, en principe on suppose qu'elle a été parfaitement libre et l'action du patron est admise. Cependant l'exception peut encore être accordée *cognita causa* (L. 1 §§ 5 et 6; L. 2 § 2, *Quar. rer. act.*, XLIV, 5).

(2) Dans un sens large on peut aussi appeler *utiles* toutes les exceptions données *cognita causa* (Voyez tome II, page 939, note 2).

au juge, il ne les peut connaître qu'en se référant à la loi Cincia, et ces faits sont multiples. Il doit examiner quelle est la cause du droit déduit *in judicium*, et en supposant que ce soit une donation, si le *modus Cinciæ* a été dépassé et si le demandeur n'est pas une *persona excepta*. Au contraire, l'exception *in factum*, dans les termes où Paul la formule, suppose que le demandeur conteste seulement l'existence de la donation, mais que si elle était prouvée, il la reconnaîtrait imparfaite et inefficace, comme excessive et faite à un *non exceptus*. Donc, la seule question débattue devant le juge sera celle-ci : le fait de la donation est-il constant? et la preuve de ce fait emportera absolution (1).

Si maintenant nous envisageons les exceptions nommées, nous allons voir qu'elles sont toutes plus complexes, qu'elles confèrent au juge des pouvoirs plus larges et lui imposent une tâche plus délicate. Je crois pouvoir les ramener toutes ou à peu près toutes aux trois classes suivantes : 1° les unes, au lieu d'énoncer les faits sur lesquels se fixera l'attention du juge, se réfèrent à un acte législatif qui les détermine. Telles sont les exceptions tirées des lois Cincia et Plætoria, des sénatus consultes Velléien et Macédonien. Ici la complexité tient soit, comme je l'ai dit pour l'exception *Cinciæ*, à ce qu'elles portent sur plusieurs faits, soit à ce qu'elles impliquent un pouvoir d'appréciation. S'agit-il, par exemple, des exceptions *Velleiani* et *Macedoniani?* le juge doit vérifier si le fait allégué présente bien les caractères d'une *intercessio* ou d'un *mutuum*, et l'affirmative admise, si l'on ne se trouve pas dans l'un des cas où la prohibition fléchit ; 2° d'autres fois, l'exception désigne bien la nature des faits auxquels elle s'applique, mais elle ne les précise pas et par conséquent elle autorise le juge à tenir compte de tous les faits d'un certain ordre et à en apprécier la gravité. Telles sont les exceptions *doli mali* et *metus* qui, comme leur rédaction le prouve, embrassent l'une tous les faits de dol, et l'autre tous les faits qui ont pu inspirer la crainte (Gaius, IV, § 119. — L. 4 § 33, *De dol. mal. et met. exc.*, XLIV, 4) ; 3° enfin il y a beaucoup d'exceptions nommées dont l'objet se trouve rigoureusement précisé par leur nom même. Je citerai à titre d'exemples les exceptions *justi dominii*, *rei venditæ et traditæ*, *pacti conventi*, *jurisjurandi*, *rei judicatæ*, qui toutes au premier aspect sembleraient devoir

(1) Voir d'autres exemples d'exceptions *in factum* (L. 14 § 13, *Quod met. caus.*, IV, 2. — L. 14, *De publ.*, VI, 2. — L. 17 § 4, *De inst. act.*, XIV, 3. — L. 14, *De exc.*, XLIV, 1. — L. 15, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

être appelées *in factum*. Néanmoins je n'hésite pas à dire qu'une telle qualification serait ici plus déplacée que nulle part. En effet, de telles exceptions comportent quelque chose de plus que la vérification d'un fait ; elles soulèvent une question de droit. Cela est évident pour l'exception *justi dominii*, dont le contenu est exactement identique à celui de l'*intentio* d'une revendication. L'évidence n'est guère moindre pour les autres exceptions citées, car ce n'est pas tout que le juge vérifie le fait de la vente, du pacte, du serment ou du jugement ; il doit aussi examiner si ces actes ont été valables, et la même observation est vraie de toute exception fondée sur un acte juridique (1).

Reste à faire connaître les cas où l'exception est rédigée *in factum*. J'en trouve trois : 1° cette forme est commandée par la nature des choses, quand il s'agit d'exceptions qui ne sont ni proposées dans l'édit ni données par extension d'une disposition de l'édit ; 2° elle remplace celles qui ont quelque chose de blessant pour le demandeur, notamment celles de dol et de violence, toutes les fois que l'action est intentée par un ascendant contre son descendant ou par un patron contre son affranchi (L. 4 § 16, *De dol. mal. et met. exc.*, t. II, page 1064, note 2) ; 3° enfin, l'exception *in factum* peut toujours être substituée à une exception plus générale, par exemple à celle de dol (L. 4, *De nov.*, XLVI, 2 (2), ou, comme on l'a vu tout à l'heure, à celle de la loi Cincia. Ce procédé a l'avantage de circonscrire les débats et de limiter mieux les pouvoirs du juge. Mais il suppose que la contestation porte exclusivement sur un point de fait bien déterminé.

(1) L'opposition que j'établis entre les exceptions *in factum* et les exceptions nommées comporte deux objections : 1° on peut me dire que l'exception *non numeratæ pecuniæ* n'est pas innommée et que pourtant les textes la qualifient *in factum* (L. 4 § 16, *De dol. mal. et met. exc.* — L. 9, C., *De non num. pec.*, IV, 30). Je réponds que pendant longtemps cette exception n'eut pas de nom, ne figura pas dans l'édit et ne fut qu'une des nombreuses exceptions *in factum* que l'on pouvait substituer à celle de dol. Tout cela résulte de Gaius (IV, § 119). Si plus tard elle reçut un nom spécial, ce fut quand on la déroba au droit commun en ce qui concerne la preuve. Elle constitua dès lors une anomalie, tant au point de vue du langage qu'au point de vue du fond ; 2° Ulpien appelle *in factum* toutes exceptions autres que celle de dol, et notamment l'exception *rei venditæ et traditæ* (L. 2 § 5 ; L. 4 § 32, *De dol. mal. et met. exc.*). Ce langage s'explique si l'on considère que l'exception de dol est beaucoup plus générale que toutes les autres. Mais il n'est pas technique, il n'est pas véritablement exact. Ce qui le prouve de la façon la plus péremptoire, ce sont les textes où nous voyons l'exception *in factum* opposée aux exceptions *metus* et *legis Cinciæ*.

(2) Ainsi, quand une personne a promis, croyant devoir et ne devant rien, Ulpien lui donne l'exception de dol (L. 17 pr. et § 1, *De dol. mal. et met. exc.*), et les Institutes une exception *in factum* (§ 1, *De exc.*). Il n'y a là aucune antinomie.

III. — DISTINCTION DES EXCEPTIONS FONDÉES SUR L'ÉQUITÉ OU SUR L'ORDRE PUBLIC.

896. Certaines exceptions n'ont d'autre but que de faire triompher l'équité, je veux dire qu'elles s'analysent en un reproche de mauvaise foi adressé au demandeur. L'exception *doli mali* est le type évident de cette catégorie. Mais il y faut comprendre aussi, et je me borne à donner des exemples, les exceptions *non numeratæ pecuniæ, pacti conventi, onerandæ libertatis causa*. En effet, réclamer une somme que l'on n'a pas comptée ou dont on a fait remise, abuser de son autorité pour prolonger en quelque sorte la servitude de l'homme qu'on a rendu libre, qu'est-ce que tout cela sinon violer l'équité? En regard de ces exceptions, il y en a d'autres qui, directement ou indirectement, se rattachent à des motifs d'ordre public. La pensée générale qui les inspire n'a certainement rien de contraire à l'équité, mais dans leurs applications particulières elles la blessent quelquefois. Telle est l'exception *rei judicatæ*. Considérée dans sa fonction la plus usuelle, c'est-à-dire comme préservant de toute nouvelle poursuite le défendeur une fois absous, elle est fondée sur ce que les procès n'auraient pas de fin si la chose jugée pouvait être perpétuellement remise en question (L. 6, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2). On peut dire qu'elle est une des garanties nécessaires de l'ordre social. Cependant supposons que le défendeur qui s'en prévaut aujourd'hui n'ait triomphé dans une première instance que par l'erreur du juge ou parce que son adversaire manquait de preuves, voilà un cas où l'équité ne sera pas satisfaite. A l'exception *rei judicatæ* il faut assimiler les exceptions *jurisjurandi*, *Velleiani*, *Macedoniani*, *legis Cinciæ*, *litis dividuæ*, *rei residuæ*, et les exceptions *cognitoriæ* ou *procuratoriæ*.

La distinction qui nous occupe n'est pas catégoriquement posée dans les textes. Mais plusieurs la supposent et ne sauraient s'expliquer sans elle. Ainsi Ulpien (L. 10 § 12; L. 29 § 4, *Mand.*, XVII, 1) parle d'exceptions portant sur des chicanes de procédure (*in apicibus juris*) et peu honorables pour celui qui les oppose (*minus honestæ*). Ainsi encore il y en a quelques-unes, nous l'avons déjà vu, qu'on donne en haine du demandeur et qui laissent subsister une obligation naturelle (T. II, p. 602 et 603), et à leur occasion, Marcellus emploie cette expression significative : *exceptio ab æquitate naturali abhorrens* (L. 66, *De reg. jur.*, L, 17). Évidemment, de telles exceptions, et je ne veux

pas dire que ce soient les seules, ne dérivent pas de l'idée d'équité.

897. — Quant à l'intérêt pratique de la distinction, il se dégage de quelques décisions particulières qu'il s'agit seulement de généraliser. Le principal concerne les actions de bonne foi. Là, en effet, nous savons que la demande s'apprécie *ex bona fide*. Or ces mots ajoutés à l'*intentio* autorisent et obligent le juge à tenir compte de tous les actes ou négligences que la bonne foi permet de reprocher au demandeur. En d'autres termes, les exceptions fondées sur l'équité diffèrent de toutes les autres, en ce qu'elles sont réputées sous-entendues dans les actions *bonæ fidei*, ou, si l'on aime mieux, elles sont naturellement contenues dans les mots *ex bona fide* (1). Cela est bien clair pour les exceptions *doli mali* et *pacti* dont les textes disent : *insunt* ou *continentur bonæ fidei judiciis, continentur officio judicis* (*Fr. Vat.*, § 94. — L. 21, *Sol. matr.*, XXIV, 3. — L. 84 § 5, *De leg.* 1°, XXX. — L. 7 § 6, *De pact.*, II, 14. — L. 3, *De resc. vend.*, XVIII, 5) (2). Que si cette dérogation au droit commun n'est pas formellement constatée pour les autres exceptions de la même catégorie, cela tient d'abord à ce qu'elle n'a plus de sens dans la procédure extraordinaire, de sorte que Justinien a bien pu en effacer la mention dans plusieurs textes (3). Mais cela s'explique mieux encore par cette idée que l'exception de dol renferme en elle-même toutes les autres exceptions fondées sur l'équité. Nous touchons ici à un second intérêt que présente notre distinction. Je le formule ainsi : toute défense tirée de l'équité peut revêtir la forme de l'exception *doli mali* (L. 12, *De dol. mal. et met. exc.*). Par exemple, là où le droit commun donne les exceptions *pacti conventi*, *non numeratæ pecuniæ*, ou autres semblables, je suis libre d'y substituer celle de dol (L. 27 § 5, *De pact.* — L. 2 §§ 3 et 4, *De dol. mal. et met. exc.* — L. 44 § 1, *De obl. et act.*, XLIV, 7. — L. 5,

(1) Dans de telles hypothèses, les textes disent volontiers que le défendeur n'a pas besoin d'exception, qu'il est protégé *ipso jure*. Ce langage est inexact; mais il s'explique par l'habitude qu'ont les jurisconsultes de n'envisager les exceptions que dans leur forme, et je devais le signaler parce qu'il peut engendrer des confusions (L. 28, *De act. empt.*, XIX, 1. — L. 1 § 7, *Quar. rer. act.*, XLIV, 5. — Voir aussi T. II, p. 507, note 2).

(2) Notons aussi un texte intéressant de Paul (L. 14 § 1, *Comm. div.*, X, 3). Un possesseur de bonne foi a fait des dépenses utiles. Dans l'action en revendication, il les retient *per exceptionem doli*; dans l'action *communi dividundo*, qui est de bonne foi, il les retient *æquitate ipsius judicii*. On ne peut pas dire plus clairement que l'exception de dol est sous-entendue dans les actions de bonne foi et ne l'est dans aucune autre, pas même dans celles qui y ressemblent le plus, c'est-à-dire dans les actions arbitraires.

(3) On aura un exemple de ce procédé en comparant le texte précité des *Frag-*

C., *De pact.*, II, 3. — L. 3, C., *De non num. pec.*, IV, 30). L'utilité d'une telle substitution apparaîtra lorsque nous aurons vu que l'exception de dol est générale et modifie dans une certaine mesure le caractère de l'action (nos 905 et 907) (1).

Remarquons, en terminant, qu'une même exception peut, selon l'ordre de ses applications, appartenir tantôt à l'une, tantôt à l'autre de nos deux catégories. Ainsi l'exception *metus*, opposée à l'auteur de la violence, a pour base incontestable l'équité et peut être remplacée par l'excep-

menta vaticana à la loi 49 § 1, *Sol. matr.*, qui en est la reproduction mutilée

(1) On a quelquefois prétendu que toutes les exceptions reposent sur l'équité. Examinons rapidement les arguments qui peuvent être produits en ce sens : 1° on allègue la façon dont les Institutes de Gaius (IV, § 116) et de Justinien (§ 1, *De exc.*) s'expriment pour donner la notion générale des exceptions. Parfois, disent-elles, une demande est conforme au droit, mais contraire à l'équité. Alors une exception vient la paralyser. Je réponds que le but de ces textes est bien moins de nous apprendre de quelles causes les exceptions dérivent que de les séparer des moyens de défense tirés du fond. Elles ne contredisent pas la demande, voilà l'idée essentielle de Gaius et de Justinien, et s'ils songent tout particulièrement aux exceptions nées de l'équité, cela tient à ce que ce sont les plus usitées; 2° on remarque qu'après avoir défini les exceptions, les Institutes (§§ 1 à 4, *De exc.*) en citent plusieurs qu'elles rattachent formellement à l'équité et parmi lesquelles figure l'exception *jurisjurandi*, une de celles que l'opinion générale considère comme pouvant entraîner un résultat inique. Mais j'ai déjà démontré (n° 725 *in fine*) que Justinien commet ici une erreur, et j'ajoute qu'arrivant à l'exception *rei judicatæ* (§ 5, *De except.*), il ne parle plus du tout d'équité. Or on sait que les textes établissent une assimilation constante entre les deux moyens tirés de la chose jugée et du serment; 3° enfin Ulpien, et c'est ici l'argument le plus sérieux, paraît dire qu'une exception quelconque peut être remplacée par l'exception *doli mali* (L. 2 § 5, *De dol. mal. et met. exc.*). D'où l'on conclut que l'équité est la base commune des exceptions, et que celle de dol les contient toutes. Mais si l'exagération d'une telle conclusion n'était pas démontrée par les textes déjà cités à l'appui de notre distinction et dont plusieurs appartiennent à Ulpien lui-même, ce jurisconsulte nous fournirait la plus topique des réponses, en nous apprenant que l'exception *metus* fut imaginée parce qu'on voulait l'appliquer en des hypothèses où celle de dol eût été insuffisante (L. 4 § 33, *De dol. mal. et met. exc.*). La difficulté se réduit donc à expliquer le texte d'Ulpien. Or il me paraît signifier que le demandeur qui agit sachant son adversaire armé d'une exception, commet par cela même un dol. Ce dol consiste dans la certitude qu'il a de l'inutilité de sa poursuite. Au lieu donc des exceptions *rei judicatæ*, *jurisjurandi*, etc., le défendeur pourra alors faire insérer dans la formule l'exception général de dol, et parmi les questions qui se trouveront ainsi soumises au juge figurera celle-ci : le demandeur a-t-il eu connaissance de l'exception avant l'engagement de l'instance? Mais Ulpien ne veut pas dire que par la seule insertion de l'exception *doli mali*, ou, s'il s'agit d'actions de bonne foi, par les mots *ex bona fide*, le juge soit autorisé à tenir compte de toute espèce d'exceptions, alors que le demandeur n'est pas prouvé les avoir connues au moment de la *litis contestatio*. C'est pourtant à ce résultat que l'on aboutit dans le système que je réfute. Au surplus, il est fort possible qu'Ulpien vise seulement les exceptions péremptoires, celles dont on dit qu'elles font réputer le droit inexistant.

tion *doli mali*, mais cela n'est plus vrai lorsqu'elle est donnée contre un tiers. Ici elle dérive de la nécessité d'empêcher à tout prix les violences, et si, d'un côté, elle satisfait l'équité, de l'autre elle la blesse (L. 4 § 33, *De dol. mal. et met. exc.*). L'exception *rei in judicium deductæ* me fournit un second exemple. En effet, si l'instance précédemment engagée est périmée, le défendeur ne se prévaut en réalité que de la négligence de son adversaire ou du juge. Si au contraire cette instance est encore pendante, c'est bien l'équité qu'il allègue, car on ne peut pas admettre qu'il soit poursuivi et condamné deux fois en vertu d'une même cause. Enfin je citerai l'exception *rei venditæ et traditæ*. Quand elle est opposée au vendeur lui-même, elle peut être convertie en exception de dol (L. 4 § 32, *De dol. mal. et met. exc.*), c'est donc qu'elle repose alors sur l'équité. Mais si c'est un premier acheteur qui s'en sert pour repousser la revendication d'un second acheteur tenant ses droits du même auteur, elle n'est plus qu'une application de la règle *nemo dat quod non habet*, et l'exception *doli mali* ne la remplacerait pas, puisque le dol du vendeur ne fournit pas d'exception contre l'acheteur (T. II, page 1242).

IV. — DISTINCTION DES EXCEPTIONS PÉREMPTOIRES OU DILATOIRES, PERPÉTUELLES OU TEMPORAIRES.

Lib. IV, tit. XIII, *De exceptionibus*, § 8. — Appellantur autem exceptiones, aliæ perpetuæ et peremptoriæ, aliæ temporales et dilatoriæ (Gaius, IV, § 120).

Parmi les exceptions, les unes sont appelées perpétuelles et péremptoires, les autres temporaires et dilatoires.

§ 9. — Perpetuæ et peremptoriæ sunt quæ semper agentibus obstant, et semper rem de qua agitur perimunt : qualis est exceptio doli mali, et quod metus causa factum est, et pacti conventi, quum ita convenerit ne omnino pecunia peteretur (Gaius, IV, § 121).

Sont perpétuelles et péremptoires celles qui forment un obstacle permanent à la demande et qui paralysent le droit pour toujours. Telles sont les exceptions tirées du dol, de la crainte, ou d'un pacte portant que la somme ne sera jamais demandée.

§ 10. — Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, et temporis dilationem tribuunt : qualis est pacti conventi, quum ita convenerit ne intra certum tempus peteretur, veluti intra quiquennium; nam fi-

Sont temporaires et dilatoires celles qui ne peuvent être opposées que pendant un certain temps et se résolvent en un délai. Telle est l'exception de pacte, lorsqu'il a été convenu que l'action ne serait pas

nito eo tempore non impeditur actor rem exsequi. Ergo ii quibus intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi aut alia similis, differre debent actionem et post tempus agere : ideo enim et dilatoriæ istæ exceptiones appellantur. Alioquin,si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio, neque eo judicio quidquam consequerentur propter exceptionem, neque post tempus olim agere poterant, quum temere rem in judicium deducebant et consumebant; qua ratione rem amittebant.

intentée avant une certaine époque, par exemple avant cinq ans; car le terme arrivé, le demandeur poursuit son droit sans obstacle. Donc ceux qui veulent agir dans le délai et à qui l'on oppose l'exception de pacte ou quelque autre exception semblable, doivent ajourner leur action et laisser écouler le délai : voilà pourquoi ces exceptions sont appelées dilatoires. Autrement, si le demandeur agit dans le délai et que l'exception lui soit opposée, elle l'empêche de rien obtenir dans cette instance, et autrefois la demande ne pouvait plus être renouvelée, même après l'expiration du délai, parce que le droit ayant été témérairement déduit en justice se trouvait épuisé; le demandeur était donc déchu.

898. La plupart des exceptions sont perpétuelles, c'est-à-dire que le demandeur a beau retarder l'exercice de l'action, à toute époque son adversaire, protégé comme par un bouclier impénétrable, peut lui opposer une résistance victorieuse. Par voie de conséquence, de telles exceptions sont aussi appelées péremptoires, car qu'est-ce qu'un droit frappé de paralysie perpétuelle ? Pour qui s'attache aux choses et non aux mots, le demandeur n'est pas véritablement un créancier, et son action est comme si elle n'existait pas (L. 55, *De verb. sign.*, L, 16.— L. 112, *De reg. jur.*, L, 17). Citons, à titre d'exemples, les exceptions fondées sur le droit civil, et celles qui dérivent du dol, de la crainte, de la chose jugée ou déduite *in judicium*, et d'un pacte de remise (§ 9 *sup.* — Gaius, IV, § 121).

D'autres exceptions sont temporaires et dilatoires. On les divise en deux classes. Les unes, appelées dilatoires *ex tempore*, sont fondées sur ce que la poursuite est prématurée : le défendeur allègue son droit à un délai qui n'est pas expiré. Les autres, qualifiées dilatoires *ex persona*, se tirent de ce que l'action est intentée par quelqu'un qui n'a pas qualité à cet effet : ici donc le défendeur se dérobe à son adversaire plutôt qu'il ne décline la poursuite elle-même; *non litem*

infitiatur, sed personam evitat, dit Ulpien (L. 2 § 4, *De exc.*) Les exceptions dilatoires *ex tempore* sont les seules que l'on puisse très exactement appeler temporaires ; si ce nom est aussi appliqué aux exceptions dilatoires *ex persona*, c'est que celles-ci, quand elles sont reconnues justes *in jure*, procurent forcément au défendeur le bénéfice d'un délai sur lequel il ne pouvait pas compter (1).

Nous trouvons dans Gaius (IV, § 122) trois exemples d'exceptions dilatoires *ex tempore :* 1° l'exception *pacti conventi*, lorsque le pacte a eu pour objet la simple concession d'un terme, et non pas l'abandon de la créance elle-même. Cet exemple est reproduit aux *Institutes* de Justinien (§ 10 *sup.*) ; 2° l'exception *litis dividuæ*. On suppose ici que dans une première action le demandeur n'a réclamé qu'une partie de son droit. L'édit l'oblige alors à ajourner la poursuite du surplus jusqu'à l'expiration des fonctions du préteur qui a délivré la formule. S'il devance cette époque, il se heurte à l'exception *litis dividuæ* dont le but évident est de lui créer un intérêt à ne pas vexer son adversaire par une série de poursuites partielles (2); 3° l'exception *rei residuæ*. L'édit veut que celui qui a plusieurs actions contre la même personne les exerce simultanément, afin que le magistrat puisse les renvoyer toutes devant le même juge (3). Cet usage simplifie les rapports réciproques des parties, épargne des embarras au défendeur et permet d'obtenir une justice plus sûre. Qu'arrive-t-il donc si, pour éviter de soumettre toutes ses actions à un même juge, le demandeur n'en a d'abord intenté qu'une seule ? C'est qu'il doit attendre la préture suivante pour exercer

(1) L'observation que je fais ici nous rend compte d'une différence entre le langage des Commentaires de Gaius (IV, § 120) et celui des Institutes de Justinien (§ 8 *sup.*). Gaius se contente d'opposer les exceptions péremptoires aux exceptions dilatoires, tandis que Justinien ajoute à ces qualifications celles de perpétuelles et de temporaires. Quant aux exceptions dilatoires, je préfère le langage de Gaius; mais pour les exceptions péremptoires, j'aime mieux celui de Justinien, parce que c'est leur perpétuité qui les rend péremptoires. Au surplus, Gaius lui-même, dans son commentaire sur l'édit provincial, paraît avoir établi l'antithèse dans les mêmes termes que Justinien (L. 3, *De exc.*).

(2) Nous avons vu que dans les actions *incertæ* la *deductio in judicium* comprend nécessairement le droit tout entier, à moins d'avoir été restreinte par une *præscriptio*. L'exception *litis dividuæ* est donc d'une application rare en de telles espèces. On remarquera en outre que, là où plusieurs débiteurs sont tenus *in solidum*, une demande partielle formée contre l'un d'eux ne doit pas autoriser les autres à se prévaloir de l'exception *litis dividuæ;* car en divisant son action, le créancier les ménage plutôt qu'il ne témoigne un esprit de tracasserie (T. II, p. 322, note 1).

(3) Cette règle résulte de l'existence même de l'exception *rei residuæ*. De plus, elle nous explique un texte d'Ulpien (L. 10, *De act. empt.*, XIX, 1).

les autres, sinon il succombe devant l'exception *rei residuæ* (1). Cette exception serait évidemment inadmissible si le droit déduit dans la seconde action n'était échu que depuis l'exercice de la première. Elle implique non moins évidemment que rien ne s'oppose au renvoi des deux actions devant le même juge. Supposons, par exemple, que l'une d'elles exige la délivrance d'une formule, tandis que l'autre doit être portée devant les centumvirs ou jugée extraordinairement par le magistrat lui-même : la première peut être exercée seule sans que la seconde en soit compromise. — Les exceptions *litis dividuæ* et *rei residuæ* n'apparaissent nulle part dans la compilation de Justinien : il y a donc tout lieu de croire qu'elles étaient tombées en désuétude. Au surplus, le langage de Gaius (*intra ejusdem præturam*) permet de douter qu'elles aient jamais été appliquées dans toute l'étendue de l'empire. Car il n'y avait de préteurs qu'à Rome ; et l'on remarquera que dans les provinces impériales, où les gouverneurs étaient nommés pour un temps illimité, elles auraient eu pour résultat de reculer outre mesure l'exigibilité du droit (2).

Quant aux exceptions dilatoires *ex persona*, elles s'appellent plus précisément *exceptiones cognitoriæ* ou *procuratoriæ*. Ces noms mêmes nous indiquent qu'elles supposent une action intentée *alieno nomine*, et elles sont fondées ou sur ce que le véritable intéressé est incapable de se faire représenter en justice, ou sur ce que le représentant lui-même est incapable de plaider au nom d'autrui (Gaius, IV, § 124. — Inst., § 10, *De exc.*). Comme de telles incapacités peuvent également être objectées par le demandeur au défendeur et qu'alors elles ne donnent plus lieu à des exceptions, les explications qu'elles exigent gagneront à être renvoyées à la matière de la représentation judiciaire.

Il nous est facile à présent de faire ressortir en quelques mots la

(1) On a fait observer avec vérité que l'action dont l'exercice est ainsi différé a grande chance de n'être pas portée devant le même juge que la première. Mais on a tiré de là une conclusion qui ne me paraît pas exacte. On a dit : si l'exception *rei residuæ* tend à soumettre les diverses actions à un seul et même juge, elle manque son but ; donc il faut du § 122 de Gaius retrancher les mots *ut ad alios judices eant* qui seraient une simple glose ajoutée par le copiste. Je réponds que la pensée du préteur n'est pas de forcer absolument le demandeur à porter toutes ses actions devant le même juge, mais de l'y contraindre indirectement par la menace d'une peine.

(2) A ces exemples, on ajoutera l'exception *non numeratæ pecuniæ*. Ne peut-on pas aussi considérer comme dilatoires les exceptions *si non et illi solvendo sint* et *quod facere potest?* Car les fidéjusseurs actuellement solvables ne le seront peut-être pas toujours, et de même le débiteur qui n'a rien aujourd'hui peut être riche demain.

différence profonde qui sépare l'exception péremptoire de l'exception dilatoire. L'exception péremptoire ne s'use pas. Selon l'énergique expression d'une scolie des Basiliques (XXII, 1, 53), elle ferme absolument la bouche au demandeur : si donc il est bien avisé, il n'agira pas. Au contraire, avec un peu de patience et de prudence, il échappera à toutes les exceptions ditatoires, à celles de la première classe en les laissant s'épuiser d'elles-mêmes par le laps de temps, à celles de la seconde classe en venant plaider lui-même ou en changeant de mandataire (Gaius, IV, §§ 123 et 124 *in fine*). En résumé, les exceptions péremptoires sont la ruine à peu près absolue du droit, les exceptions dilatoires ne font qu'en retarder l'exigibilité ou la poursuite (1).

899. — L'intérêt pratique de notre distinction doit être examiné, soit avant, soit après la délivrance de la formule.

Dans la première hypothèse, c'est-à-dire lorsque l'action n'a pas encore été mise en mouvement ou tout au moins n'a pas abouti à la *litis contestatio*, il se résume tout entier dans cette formule : le droit paralysé par une exception dilatoire conserve toute sa force; le droit paralysé par une exception péremptoire est généralement réputé nul; dans quelques cas fort rares, il subsiste comme simple obligation naturelle. De là une série de décisions dont les unes s'appliquent à toutes les exceptions péremptoires, et les autres seulement à celles qui excluent le maintien d'une obligation naturelle, mais aucune ne peut être étendue aux simples exceptions dilatoires. Je n'essayerai pas d'énumérer limitativement toutes ces décisions, je me bornerai à indiquer les plus importantes : 1° l'exception péremptoire fait obstacle à la validité d'un pacte de constitut (n° 721); 2° elle empêche le payement de produire son effet libératoire. Donc le payement a-t-il été fait en connaissance de cause : il se résout en une donation. A-t-il été fait par erreur : son auteur est investi d'une *condictio indebiti* (n° 659), et ceux des obligés que l'exception ne protégeait pas demeurent tenus (L 34 § 11, *De sol.*, XLVI, 3); 3° le débiteur qui, nonobstant une ex-

(1) Paul (L. 55, *De verb. sign.*, L, 16) compare l'exception temporaire à une condition qui suspend le droit du créancier. Cette comparaison n'est exacte qu'à l'égard de certaines exceptions dont le caractère est subordonné à un événement futur et incertain (Voir un exemple, T. II, p. 602, note 2. — Voir aussi L. 2, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2, et L. 15, *De obl. et act.*, XLIV, 7). On remarquera aussi que l'exception *non numeratæ pecuniæ*, quoique temporaire, n'équivaut pas à un terme; car, d'une part, le créancier peut agir dans les deux ans, sauf à prouver la numération, et, d'autre part, son inaction prolongée deux ans n'oblige pas absolument le débiteur à payer, puisque celui-ci peut, dans ce même délai, exercer une *condictio* (n° 581 et 582).

ception péremptoire, fait une promesse *novandi causa*, soit à son créancier, soit à un délégataire, est pareillement traité, selon les cas, comme ayant fait une donation ou payé l'indû (nos 692 *in fine* et 699); 4° l'obligation paralysée par une exception péremptoire ne peut pas servir de cause à une compensation (l. 14, *De comp.*, XVI, 2).— Ces décisions, nous le savons déjà, ne sont exactes qu'autant que l'exception péremptoire ne laisse pas subsister d'obligation naturelle; 5° la remise d'une obligation paralysée par une exception péremptoire n'enrichit pas le débiteur et n'appauvrit pas le créancier. Donc une telle obligation ne saurait faire l'objet d'un legs de libération valable (L. 13, *De lib. leg.*, XXXIV, 3), et l'acceptilation qui en serait obtenue par crainte ou par dol ne donnerait pas lieu aux actions *quod metus causa* ou *de dolo* (T. II, pag. 1080, note 1); une exception péremptoire ôte tout objet sérieux à la cession du droit qu'elle affecte. Donc en supposant la cession faite à titre onéreux, l'action en garantie est tout aussi fondée que si le droit n'existait pas (n° 642 *in fine*).

Plaçons-nous maintenant dans l'hypothèse où la *litis contestatio* a eu lieu. De deux choses l'une : ou l'exception est écrite dans la formule, et alors, quelle qu'elle soit, si elle est fondée, elle produit son effet : elle entraîne absolution du défendeur, et le droit du demandeur est perdu sans retour, parce que la *litis contestatio* l'a épuisé (Gaius, IV, § 123); ou au contraire la formule a été délivrée pure et simple, et ici reparaît l'importance de notre distinction. Si l'exception omise est péremptoire, et que l'omission tienne à ce qu'elle était ignorée du défendeur, il peut, tant que la sentence n'est pas rendue, obtenir une restitution *in integrum* qui aura pour conséquence le remaniement de la formule et l'insertion de l'exception omise (Gaius, IV, § 125) (1). L'omission d'une simple exception dilatoire donne-t-elle également lieu à cette *restitutio in integrum?* Gaius se borne à constater que la question était controversée. Mais à coup sûr elle dut être résolue négativement (L. 57 § 1, *De proc.*, III, 3). Car pourquoi le défendeur serait-il mieux traité en cette hypothèse que s'il avait payé ? Son erreur, dans les deux cas, lui enlève le bénéfice d'un délai, mais ne le

(1) La restitution serait-elle refusée, si l'exception était de celles qui n'empêchent pas l'existence d'une obligation naturelle? La négative est certaine pour le cas où il s'agit de l'exception *Macedoniani* (L. 11, *De s. c. t. Mac.* XIV, 6), et je la crois vraie pour tous les cas. En effet, le défendeur est poursuivi malgré lui, tandis que le payement est volontaire. Ce motif nous explique comment certains jurisconsultes purent songer à étendre l'*in integrum restitutio* à l'hypothèse d'une simple exception dilatoire omise.

dépouille pas indûment. Cette différence entre nos deux classes d'exceptions ne périt pas, comme on le croirait d'abord, avec la procédure formulaire; elle ne fit guère que changer de forme. En effet, les exceptions dilatoires durent toujours, à peine de déchéance, être produites au début du procès, c'est-à-dire au plus tard au moment de la *litis contestatio* (L. 19, C., *De prob.*, IV, 19.—L. 12, C., *De exc.*, VIII, 36), tandis que les exceptions péremptoires, assimilées en cela aux défenses tirées du fond, purent être opposées en tout état de cause et aussi longtemps que le juge n'avait pas statué. Nous avons en ce sens, non seulement un texte du Code (L. 8, *De exc.* (1), mais le témoignage formel de Thalélæus et d'Anatolius, deux professeurs de droit contemporains de Justinien (voir les scolies des Basiliques, XXII, 1, 53). Cette innovation qui, en définitive, consistait à supprimer l'*in integrum restitutio* devenue inutile depuis que le juge n'était plus emprisonné dans les termes d'une formule, eut une conséquence importante : jadis, les exceptions péremptoires qui n'avaient été ni insérées du premier coup, ni restituées dans la formule ne pouvaient pas être plaidées en appel, attendu que la compétence du juge d'appel se limite aux questions qui ont été ou ont dû être examinées par le juge de première instance (2). Désormais,

(1) Tout en constatant que les exceptions péremptoires peuvent être opposées jusqu'à la sentence, ce texte porte qu'elles doivent être indiquées au début même de l'instance, et d'autres textes sont conçus dans le même sens (L. 9, C., *De præscr. long. temp.*, VII, 33). Y a-t-il là une contradiction? je ne le crois pas. Le texte donne un conseil plutôt qu'il ne pose une règle absolue. En ne faisant pas cette indication, le défendeur n'encourt aucune déchéance; mais en la faisant, il aura une chance d'arrêter le procès et ne risquera pas de voir son silence interprété dans le sens d'une renonciation. Voilà tout ce que l'on veut dire.

(2) Ce texte mérite d'être analysé. D'après la première phrase, l'édit perpétuel permet d'opposer, pendant tout le cours de l'instance, les exceptions péremptoires qui ont été omises au début; d'après la seconde phrase, cette omission donne lieu à une *in integrum restitutio*. Ce sont là évidemment deux propositions qui se contredisent, et la première est certainement erronée. Quel est donc le sens du texte? De deux choses l'une : ou on les prend pour un compte rendu du droit classique, et alors une négation aurait été oubliée dans la première phrase ; ou bien, ce qui est beaucoup plus plausible, on y voit l'expression de la règle suivie dans la procédure extraordinaire, et alors il signifie que désormais, par l'effet d'une *restitutio in integrum* tacite, l'exception péremptoire qui n'a pas été proposée au début peut néanmoins être plaidée devant le juge. Enfin la troisième phrase du texte porte qu'une fois la condamnation prononcée, l'exception péremptoire qui n'a pas été opposée ne peut plus être recouvrée à l'aide d'une *restitutio in integrum*, mais que le défendeur peut la faire valoir en appel. Cette dernière décision n'appartient certainement pas au droit classique, et c'est ce qui me fait croire que les deux premières phrases du texte doivent être entendues dans le second des deux sens que j'ai indiqués.

au contraire, et par application du même principe, ces exceptions purent être opposées sur l'appel sans l'avoir été devant le premier juge (L. 2 *in fine*, C., *Sent. resc.*, VII, 50) (1).

V. — DISTINCTION DES EXCEPTIONS *rei cohærentes et personæ cohærentes.*

Lib. IV, tit. XIV, *De replicationibus*, § 4.—Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus ejus, et recte, quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur, quia mandati judicio redditurus est eis quod ii pro eo solverint. Qua ratione, et si de non petenda pecunia pactus quis cum reo fuerit, placuit perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque qui pro eo obligati essent, ac si cum ipso pactus esset ne ab eis ea pecunia peteretur. Sane quædam exceptiones non solent his accommodari : ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, et cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem *nisi bonis cesserit*, sed hæc exceptio fidejussoribus non datur, ideo scilicet quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut, quum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis quos pro eo obligavit, suum consequi.

Les exceptions qui protègent le débiteur sont presque toujours accordées aussi à ses fidéjusseurs, et cela avec raison ; car ce qu'on leur demande est réputé demandé au débiteur lui-même, puisque celui-ci doit leur rembourser par l'action *mandati* ce qu'ils auront payé pour lui. C'est pourquoi, en supposant un pacte de remise consenti au débiteur, on admet que l'exception *pacti conventi* doit venir au secours de ceux qui sont obligés pour lui, de même que si la remise leur eût été faite à eux-mêmes. Cependant il y a quelques exceptions que l'on n'accorde pas aux fidéjusseurs. Par exemple, si le débiteur, qui a fait la cession de ses biens, vient à être poursuivi par un créancier, il est protégé par l'exception *nisi bonis cesserit*. Mais cette exception est refusée aux fidéjusseurs, et cela parce qu'en faisant obliger des tiers pour son débiteur, le créancier veut, pour le cas où celui-ci deviendrait insolvable, s'assurer une action efficace contre ceux qui ont garanti l'obligation.

900. La distinction des exceptions *rei* ou *personæ cohærentes* se rapporte aux hypothèses fréquentes où plusieurs individus qui peuvent

(1) Ce motif même nous permet de croire que dans les actions de bonne foi, le juge de l'appel pouvait connaître des exceptions fondées sur l'équité qui avaient été négligées en première instance, et j'en trouve la preuve dans un texte d'Ulpien (L. 25, *De adm. et peric. tut.*, XXVI, 7).

être poursuivis pour la même cause ou à raison du même intérêt, doivent être libérés tous par une seule satisfaction. Il s'agit alors de savoir si l'exception née en la personne de l'un d'eux appartient aussi aux autres. Or, à s'en tenir au langage, on dirait que les exceptions *rei cohærentes* doivent toujours être communes à tous les intéressés, tandis que les exceptions *personæ cohærentes* restent exclusivement propres à celui par qui elles ont été acquises. Avant de voir si ces idées purement théoriques correspondent bien aux décisions des textes, insistons un instant sur la distinction en elle-même. On peut dire des exceptions *rei cohærentes* qu'elles dérivent d'un certain état de choses considéré en lui-même, indépendamment des relations des parties et de la situation personnelle du défendeur. Sans doute elle protègent celui-ci, mais en même temps elles procèdent d'une vue défavorable au demandeur, et quelquefois elles n'ont pas d'autre cause. Au contraire, les exceptions *personæ cohærentes* sont fondées ou sur une relation spéciale qui existe entre les parties ou sur des considérations toutes personnelles au défendeur; mais elles n'impliquent aucune défaveur pour le demandeur, et si en définitive elles lui nuisent, c'est qu'elles ne peuvent pas atteindre leur but sans cela. Les exceptions *rei cohærentes* forment la très grande majorité, et par cela même je puis me dispenser d'en donner des exemples. Comme exceptions *personæ cohærentes*, je citerai les exceptions *quod facere potest* et *nisi bonis cesserit* (1), ainsi que celles qui résultent d'une restitution *in integrum* accordée à un mineur de 25 ans (2) ou d'un pacte *de non petendo in personam* (§ 4 *sup.*) (3).

L'exception *personæ cohærens* mérite absolument son nom. *Non transit ad alios*, dit Paul (L. 7 pr., *De exc.*), c'est-à-dire qu'étant donné plusieurs intéressés, quels qu'ils soient, jamais elle ne compète à l'un du chef de l'autre (4). Mais devons-nous dire qu'en sens in-

(1) Cette exception est mentionnée aux Institutes (§ 4 *sup*). J'y reviendrai (n° 917).

(2) On sait que le fidéjusseur qui prouve avoir cru s'engager pour un majeur, obtient aussi la restitution (T. II, p. 378, note 1).

(3) L'exception *Trebelliani* est également *personæ cohærens*, en tant qu'elle compète à l'héritier débiteur, mais non pas lorsqu'elle est donnée contre l'héritier créancier.

(4) Il ne faut pas exagérer la portée de la phrase de Paul. Sans doute, les exceptions *personæ cohærentes* n'appartiennent qu'à la personne en qui elles ont pris naissance. Mais si cette personne ne plaide pas elle-même, son *defensor* peut les opposer (L. 51 § 1, *De proc.*, III, 3. — L. 63 § 1, *Pro soc.*, XVII, 2). Sans cela en effet, il faudrait, contre toute équité, ou que le *defensor* fût privé de recours, ou que le véritable intéressé perdît indirectement le bénéfice de son exception. J'ajoute que certaines exceptions *personæ cohærentes* se transmettent aux héritiers. Telle est évidemment celle qu'on donne au mineur restitué *in integrum*,

verse l'exception *rei cohœrens* appartienne toujours à tous les intéressés ? Il n'y a peut-être qu'une hypothèse où cela soit vrai, et c'est aussi la seule qu'envisagent les deux textes essentiels relatifs à notre distinction (§ 4 *sup.* — L. 7 pr. et § 1, *De exc.*). Il faut supposer qu'une telle exception a pris naissance en la personne d'un débiteur principal : comme on l'a déjà vu (n° 569), elle peut être opposée par les fidéjusseurs, et nous ajouterons par toute espèce de cautions (L. 9 § 3, *De s. c. t. Mac.*, XIV, 6. — L. 32, *De fid.*, XLVI, 1 (1). Mais renversons l'hypothèse : si l'exception dite *rei cohœrens* est née en la personne du fidéjusseur, le débiteur principal a-t-il le droit de s'en prévaloir ? Nous savons déjà que si la négative n'est pas vraie d'une manière absolue, elle constitue néanmoins la règle générale (n° 569. — L. 14 § 6, *Quod met. caus.*, IV, 2). La même règle est également vraie entre plusieurs fidéjusseurs (L. 23, *De pact.*, II, 14. — L. 48 pr. et § 1, *De fid.*, XLVI, 1). Pareillement, l'étude de la corréalité nous a montré que les exceptions, même qualifiées *rei cohœrentes*, qui naissent en la personne de l'un des *correi debendi*, ne sont pas toujours à la disposition des autres (n° 552). Et nous pouvons en dire autant de plusieurs personnes tenues d'une dette simplement solidaire ou d'une dette indivisible. En résumé donc, si les exceptions *personœ cohœrentes* ont un trait commun qui leur est propre et les distingue de toutes les autres, nous ne pouvons en dire autant des exceptions *rei cohœrentes ;* tout ce qui est vrai, c'est qu'aucune d'elles n'est essentiellement attachée à la personne. Mais il est vrai aussi qu'elles ne protègent pas toujours tous les intéressés et que plusieurs sont parfois traitées comme si elles étaient personnelles. Tout dépend ici et de la différence des situations et de la nature particulière de chaque exception, et ce n'est pas sans danger que l'on essayerait de poser des règles générales.

VI. — DE L'EFFET DES EXCEPTIONS. COMMENT ELLES SE PERDENT.

901. L'exception même la plus fondée peut être ignorée du demandeur, lui paraître douteuse ou dénuée de preuves. En fait, dans de

puisque le droit même de demander l'*in integrum restitutio* passe aux héritiers. Au surplus, lorsque le droit de créance se déplace sans la volonté du débiteur, ces exceptions lui restent (L. 36, *Sol. matr.*, XXIV, 3).

(1) Le débiteur principal peut-il, en renonçant à l'exception, l'enlever au fidéjusseur ? Peut-être que la controverse signalée à propos de l'exception *pacti conventi* était générale (T. II, p. 751, note 1).

telles circonstances, il agira sans être arrêté par l'obstacle qui paralyse son droit. Voyons donc quels effets produit l'exception ainsi méconnue, et cela en supposant toujours que le défendeur n'oublie pas de la faire valoir.

Si nous plaçons les parties *in jure*, trois hypothèses sont possibles : 1° l'exactitude de l'exception est dès à présent reconnue ou démontrée. Par application d'une règle générale déjà indiquée (n° 753), le magistrat doit refuser l'action (1). Mais quelle sera la conséquence de ce refus ? Si l'exception est péremptoire, il équivaut à l'absolution du défendeur; si elle n'est que dilatoire, il se résout en un simple ajournement de la demande ; 2° en sens inverse, le magistrat estime que l'exception n'est pas fondée. Il délivre alors une formule pure et simple, et par conséquent le succès du demandeur dépend exclusivement de la preuve de *l'intentio;* 3° enfin, et c'est le cas ordinaire, l'exception ne peut être ni admise ni rejetée à première vue, elle a besoin d'être vérifiée. C'est ici qu'elle est insérée dans la formule, et dès lors elle appartient à l'examen du juge. Nous sommes donc conduits à étudier l'influence qu'elle doit exercer sur le résultat du *judicium*.

Rappelons-nous d'abord qu'une exception n'opère jamais si elle n'est prouvée par celui qui l'allègue (n° 776). Mais cette preuve suppose que le demandeur a préalablement justifié son *intentio ;* sinon, l'exception devient inutile, puisqu'il n'y a pas de droit à paralyser (L. 9, C., *De exc.*). Quant à l'effet de l'exception une fois établie, il consiste, telle est du moins la règle générale, dans l'absolution du défendeur. Mais ne peut-il pas se borner à faire diminuer la condamnation? Sous la procédure extraordinaire l'affirmative n'est pas douteuse. Notre question ne se rapporte donc qu'au droit classique, et ce qui la fait naître, c'est la façon même dont les exceptions ont coutume d'être rédigées et dont elles s'enchaînent avec l'*intentio* et la *condemnatio*. Nous avons vu Gaius (IV, § 119) les présenter comme des conditions qui vé-

(1) Cette observation nous explique pourquoi dans une même hypothèse les jurisconsultes disent parfois qu'il y a lieu de refuser l'action ou de donner une exception (L. 21 § 9, *De rec.*, IV, 8. — L. 9 § 5, *De jurej.*, XII, 2). Elle explique aussi la rédaction de l'édit *de jurejurando* (L. 7, *De jur.*, XII. 2), et des sénatus-consultes Macédonien (L. 1 pr., *De s. c. t. Mac.*, XIV, 6), Velléien (L. 2 § 1, *Ad s. c. t. Vell.*, XVI, 1) et Trébellien (L. 1 § 2, *Ad s. c. t. Treb.*, XXXVI, 1). Si ces textes refusent au demandeur le droit d'agir, ce n'est pas qu'ils entendent nier que l'action existe *ipso jure*, c'est qu'ils supposent constants les faits sur lesquels l'exception se fonde. On comparera dans le même sens la rubrique et le contenu du titre *Quarum rerum actio non datur* (XLIV, 5).

rifiées ôtent au juge le pouvoir de condamner, et Ulpien (L. 2 pr., *De exc.*) leur donner pour but l'exclusion de l'*intentio* ou de la *condemnatio*. Or tout cela semble bien signifier que l'exception prouvée aboutit forcément à une absolution. Cependant cette doctrine absolue méconnaît tout à la fois le bon sens et les textes : le bon sens, car il peut arriver que le moyen opposé sous forme d'exception ne s'applique pas à tout l'objet de la demande; les textes, car Paul nous dit en propres termes que l'exception est une condition qui, tantôt écarte absolument la condamnation, tantôt la diminue (L. 22 pr., *De exc.*), et cette idée générale est confirmée, on le verra tout à l'heure, par les applications qu'elle reçoit dans d'autres textes. Donc tout ce que l'on peut admettre raisonnablement, selon moi, c'est que là où il y a lieu de limiter ainsi les effets de l'exception, cette limitation doit être autorisée par une modification apportée à la rédaction ordinaire de la formule (1).

Ceci posé, les exceptions envisagées dans leurs effets se divisent en trois classes : 1° il y en a un grand nombre qui entraînent toujours absolution, parce que le même motif qui les a fait établir s'applique par sa nature à tout le contenu de l'action. Telle est, je l'ai déjà démontré, l'exception *legis Cinciæ* (T. I, page 750, note 3); telles sont aussi les exceptions *metus*, *litis dividuæ*, *rei residuæ*, *procu ratoriæ*; 2° à l'inverse, il y en a quelques-unes qui manqueraient leur but si elles faisaient absoudre le défendeur, elles auront donc pour effet constant d'amoindrir la condamnation. Telles sont les exceptions *hereditatis restitutæ ex Trebelliano* et *si non et illi solvendo sint* (n° 567) ; 3° enfin il y en a dont l'effet varie selon les circonstances, parce que tantôt elles attaquent l'*intentio* tout entière et tantôt n'en attaquent qu'une partie. De ce nombre est l'exception *quod facere potest*, créée pour faire alléger la condamnation si le défendeur a peu de chose (Inst., § 37, *De act.*), et pour le faire absoudre s'il n'a rien (L. 35, *De neg. gest*, III, 5). Telle est aussi l'exception *Velleiani senatùsconsulti*. Africain, supposant que l'obligation contractée par la femme ne constitue une *intercessio* que jusqu'à concurrence de moitié, décide que le créancier

(1) En quoi consistait cette modification? Portait-elle sur l'exception, sur la *condemnatio*, ou sur l'une et l'autre? A cet égard, on ne peut rien dire de certain et d'absolu. Cependant puisque, d'après une doctrine très vraisemblable et généralement admise par les interprètes, l'exception *quod facere potest* figurait dans la *condemnatio* et se confondait avec elle, ne peut-on pas conjecturer que ce procédé n'était pas limité à un seul cas et que l'on admettait des rédactions comme celle-ci : *Num Num, quatenus in ea re dolus malus A^s A^s. non erit, condemna*; ou *qua ex parte hereditas ex Trebelliano non sit restituta, ea ex parte condemna*.

sera repoussé *pro parte* (L. 17 § 2, *Ad s. c. t. Vell.*, XVI, 1). L'exception de dol compte pareillement parmi celles qui peuvent n'aboutir qu'à une condamnation moindre. Cela n'est contesté par personne quand il s'agit d'une action *bonæ fidei* (L. 13 § 9, *De act. empt.*, XIX, 1); mais cela est également vrai, quoi qu'en aient pu dire beaucoup d'interprètes, dans toutes les autres actions, même dans les *condictiones* (1). C'est en effet ce que les textes décident pour l'action en revendication (L. 85, *De leg.* 1°, XXX), pour les actions *ex stipulatu* (L. 9 § 1, *De cond. caus. dat.*, XII, 4. — L. 16, *De dol. mal. et met. exc.*), *ex testamento* (LL. 16 et 88 § 1, *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2), et *judicati* (L. 17 § 2, *Sol. matr.*, XXIV, 3). Et rien n'est plus naturel. L'exception de dol manquerait son but si elle pouvait entraîner l'échec total d'une demande qui n'est pas tout entière dolosive. On aboutirait ainsi à enrichir le défendeur aux dépens du demandeur, on ne ferait donc que déplacer le dol, et ce serait un singulier résultat pour une exception qui tend à assurer le triomphe de l'équité. Pourquoi d'ailleurs l'exception de dol n'aurait-elle pas dans toutes les actions la même portée que dans les actions de bonne foi? Ce qu'elle a de particulier dans ces dernières, c'est qu'elle n'a pas besoin d'y être inscrite; mais dans toutes elle doit donner pleine satisfaction à l'équité, et pour cela il faut que son effet puisse au besoin se réduire à diminuer la condamnation. L'opinion contraire est d'ailleurs inconciliable avec un principe que nous retrouverons bientôt (n° 907), savoir que l'action où est insérée l'exception *doli mali* devient de bonne foi (2)?

902. Le demandeur qui succombe par l'effet d'une exception perd définitivement son droit. Ce résultat échappe à toute critique quand il s'agit d'une exception péremptoire; mais dans l'hypothèse d'une sim-

(1) Le texte de Gaius (IV, § 119) qu'on allègue dans l'opinion contraire ne prouve rien. Gaius suppose une exception de dol fondée sur ce que l'argent promis n'a pas été compté. Il est clair que dans une telle espèce le dol vicie la demande entière et doit la faire échouer pour le tout. Mais la décision de Gaius ne serait-elle pas toute différente si le demandeur avait compté le quart ou la moitié de la somme?

(2) Parmi les exceptions qui tantôt écartent, tantôt diminuent la condamnation, je n'ai cité que celles sur lesquelles je peux produire des textes. Mais le bon sens nous dit qu'il y en a bien d'autres. Soit par exemple un pacte de remise partiel, un prêt d'argent fait à un fils de famille et dont le père a profité pour partie, ou une première demande en justice limitée à la moitié de l'objet dû. N'est-il pas évident que dans de telles hypothèses les exceptions *pacti conventi, senatus consulti Macedoniani, rei judicatæ* ou *in judicium deductæ* ne devront pas empêcher la condamnation, mais la réduire?

ple exception dilatoire, ce n'est qu'une conséquence, déraisonnable en elle-même, de l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Or on sait qu'un tel effet ne se produit plus dans la législation de Justinien. Nous devons donc nous demander si désormais le défendeur qui n'a dû son absolution qu'à une exception dilatoire reste garanti contre toute poursuite ultérieure. La négative est certaine, lorsque l'exception méconnue résulte d'un pacte qui accordait un délai. Nous avons vu cette hypothèse assimilée à celle d'une *plus petitio tempore* (n° 864). Mais la question subsiste pour les autres exceptions, et je ne connais pas de texte qui la résolve. Je suis assez disposé à croire que la demande rejetée par l'effet d'une *exceptio procuratoria* peut être reproduite. Mais je ne généraliserais pas cette doctrine, et notamment elle me paraît inapplicable à l'exception *non numeratæ pecuniæ* qui a en réalité toute la valeur d'une exception péremptoire limitée à un certain temps (1).

903. A l'effet des exceptions se rattache l'indication des causes qui les éteignent, c'est-à-dire qui ôtent au défendeur le droit de les opposer. Ce résultat se rencontre dans les cas suivants : 1° le droit que l'exception paralysait s'éteint *ipso jure*, par exemple par l'effet d'un payement ou d'une novation. N'oublions pas toutefois que si l'exception était péremptoire et a été ignorée du débiteur, elle devient pour lui le principe d'un droit nouveau sanctionné par la *condictio indebiti* ou par l'exception *doli mali* ; 2° le défendeur renonce à l'exception. Cette renonciation résulte ordinairement d'un pacte. Mais elle peut aussi être faite par testament, et par exemple elle est contenue dans la disposition par laquelle le débiteur lègue à son créancier ce qu'il lui doit (L. 13, *De lib. leg.*, XXXIV, 3). On remarquera que pour renoncer valablement à une exception il ne suffit pas toujours d'être capable de disposer de ses droits. Il y en a quelques-unes qui nous protègent en quelque sorte malgré nous. Ainsi le fils de famille et la femme ne peuvent pas renoncer à l'exception qu'ils tiennent des sénatusconsultes Macédonien et Velléien. S'il en était autrement, la clause de renonciation deviendrait de style, et le but du législateur serait manqué. De même nous verrons plus tard que nul ne renonce valablement à l'exception *quod facere potest* (p. 1260) ; 3° le défen-

(1) Il faut évidemment donner la même décision à l'égard de l'exception *nisi et illi solvendo sint*. Car l'esprit du rescrit d'Adrien est que, la division une fois faite, le fidéjusseur soit déchargé de tout ce qui excède sa part, le créancier étant libre de poursuivre immédiatement les autres fidéjusseurs pour leurs parts respectives.

deur accepte la délivrance d'une formule pure et simple. Mais rappelons-nous que l'exception péremptoire omise par erreur peut toujours être restituée *pendente judicio* (1), et ajoutons que certaines exceptions, même sciemment négligées, demeurent régulièrement admises contre l'action *judicati* : ce sont les exceptions *Macedoniani*, *Velleiani* et *quod facere potest* (T. II, p. 390, note 3; p. 421, note 4; p. 1276).

VII. — DES *replicationes, duplicationes, triplicationes*, ETC.

Lib. IV, tit. XIV, *de replicationibus*, pr. — Interdum evenit ut exceptio, quæ prima facie justa videatur, inique noceat. Quod quum accidit, alia allegatione opus est adjuvandi actoris gratia, quæ replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur vis exceptionis : veluti, quum pactus est aliquis cum debitore suo ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est ut creditori petere liceat, si agat creditor, et excipiat debitor ut ita demum condemnetur, si non convenerit ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio; convenit enim ita : namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sint : sed quia iniquum est creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento (Gaius, IV, § 126).

Il arrive parfois qu'une exception, qui au premier aspect paraît juste, blesse l'équité. Dans ce cas, une nouvelle allégation est nécessaire pour secourir le demandeur, et elle s'appelle réplique, parce qu'elle repousse et détruit l'exception. Ainsi, quand un créancier est convenu avec son débiteur de ne rien lui demander, et qu'ensuite est intervenu un pacte contraire, c'est-à-dire qui autorise la demande, si le créancier agit et que le débiteur oppose une exception afin de n'être condamné qu'autant que sa dette ne lui a pas été remise par une convention, l'exception fait obstacle au créancier; car la convention a eu lieu, et c'est un fait qui reste vrai malgré la conclusion postérieure d'un pacte contraire; mais comme l'exclusion du créancier serait inique, on lui donnera une réplique tirée du pacte postérieur.

§ 1. — Rursus interdum evenit ut replicatio, quæ prima facie justa est, inique noceat. Quod quum accidit, alia allegatione opus est adjuvandi rei gratia, quæ duplicatio vocatur (Gaius, IV, § 127).

A l'inverse il arrive quelquefois qu'une réplique, qui est juste au premier aspect, blesse l'équité. Dans ce cas, une nouvelle allégation est nécessaire pour secourir le défendeur, et elle s'appelle duplique.

(1) Cette restitution a quelquefois lieu *post judicatum* (L. 1, C., *De jur. et fact. ign.*, I, 18). Mais alors elle ne forme plus le droit commun.

§ 2. — Et si rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam actori inique noceat, rursus alia allegatione opus est, qua actor adjuvetur, quæ dicitur triplicatio (Gaius, IV, § 128).

De même, si la réplique qui tout d'abord paraît juste doit pour quelque raison causer un dommage inique au demandeur, celui-ci trouve un secours dans une nouvelle allégation qui s'appelle triplique.

§ 3. — Quarum omnium exceptionum usum interdum ulterius quam diximus, varietas negotiorum introducit : quas omnes apertius ex latiore Digestorum volumine facile est cognoscere (Gaius, VI, § 129).

Dans la pratique, et à cause de la variété des affaires, toutes ces exceptions s'étendent encore plus loin que nous ne l'avons dit : toutes sont faciles à connaître et à comprendre par la lecture du Digeste.

904. Les répliques, dupliques et tripliques, soit qu'on les envisage en leur forme ou au fond, présentent la plus grande analogie avec les exceptions. Dans la forme, ce sont aussi des parties accessoires de la formule (*adjectiones*). Au fond, ce sont toujours des moyens qui tendent à détruire un autre moyen sans le contredire directement(1).

La réplique émane du demandeur et a pour but d'anéantir l'effet de l'exception (pr. *sup.*), ou, ce qui revient au même, de rétablir *l'intentio* dans toute sa force (LL. 7 et 10, C., *De exc.*). Ulpien la définit une exception opposée par le demandeur, et Paul une exception contre l'exception (L. 2 § 1 ; L. 22 § 1, *De exc.*) (2). Deux exemples nous sont donnés par Gaius (IV, § 120), et le premier est reproduit aux Institutes de Justinien (pr. *sup.*) : 1° deux pactes ont eu lieu à un certain intervalle entre un créancier et son débiteur : le premier portait remise de la dette, le second revenait sur le premier et autorisait la demande. Si le créancier exerçant son action se voit opposer l'exception *pacti conventi*, le pacte ultérieur lui fournira une réplique victorieuse ; 2° une vente aux enchères (*auctio*) a été faite par un banquier (3), et les enchérisseurs ont été avertis d'avance que la tradition des choses vendues ne pourrait être exigée qu'après le

(1) Ces observations nous expliquent pourquoi Justinien appelle tous ces moyens *exceptiones* (§ 3 *sup.*). Ce langage n'est certainement pas très exact. Mais Justinien ne pouvait guère reproduire le mot *adjectiones* qu'avait employé Gaius (IV § 129) et qui rappelait trop la procédure formulaire. Ailleurs, dans les définitions des répliques, dupliques et tripliques, il substitue au mot de Gaius le mot *allegatio* (pr., §§ 1 et 2 *sup.*).

(2) Aussi le mot *exceptio* est-il quelquefois employé pour *replicatio* (L. 7 § 9, *De dol. mal.*, IV, 3. — L. 9 § 4 *in fine*, *De jur.*, XII, 2).

(3) Voir T. II, page 776, note 3.

payement du prix. Si l'acheteur poursuivi se prévaut de l'exception *rei non traditæ*, le banquier répliquera que le prix n'a pas été payé conformément à la condition imposée et acceptée (1).

Comme les exceptions, et en vertu du même principe, les répliques doivent, en règle générale, être insérées dans la formule. *Alia adjectione opus est*, dit Gaius (IV, § 126). Supposons en effet, pour reprendre nos deux précédentes hypothèses, que la formule contienne l'exception et se taise sur la réplique. En quoi consiste alors la mission du juge? A absoudre le défendeur s'il est vrai qu'une remise lui ait été consentie ou que la chose vendue ne lui ait pas été livrée. Or ces faits, considérés comme tels, subsistent nonobstant le pacte postérieur ou le défaut de payement du prix. L'exception est donc fondée, et le juge excéderait ses pouvoirs en tenant compte des faits qui auraient pu la paralyser, mais qui ne lui ont point été soumis.

La réplique se place immédiatement après l'exception, et revêt, comme celle-ci, la forme d'une condition. Cette condition, si nous en jugeons par les deux exemples que nous fournissent les commentaires de Gaius, est tantôt négative, tantôt positive (2). Mais dans tous les cas elle s'enchaîne avec *l'intentio* et l'exception de façon à signifier que *l'intentio* et la réplique étant l'une et l'autre vérifiées, le défendeur doit être condamné malgré l'exactitude de son exception, et qu'en sens inverse cette exception prouvée aboutit à le faire absoudre, si la réplique est inexacte ou n'est point établie.

Toutes les causes qui engendrent des exceptions fournissent au besoin des répliques; en d'autres termes, les moyens dont une partie dispose la protègent, quel que soit son rôle dans le procès : ce qui change, c'est seulement leur nom et leur forme (3). Cette règle générale se déduit de la nature même des répliques, et j'en tire deux consé-

(1) Les banquiers, quand ils faisaient des ventes au nom d'un particulier, paraissent avoir eu l'habitude de stipuler le prix (Cic., *pro Cec.*, 6). Il est donc probable que dans notre espèce c'est l'action *ex stipulatu* qui est intentée. S'il s'agissait de l'action *venditi*, qui est de bonne foi, l'exception et la réplique n'auraient pas besoin d'y être insérées, étant de celles qui tendent à faire prévaloir l'équité.

(2) Je suis porté à croire que la forme positive était la plus usitée (L. 48, *De proc.*, III, 3. — L. 32 § 2, *Ad. s. c. t. Vell.*, XVI, 1. — L. 154, *De reg. jur.*, L, 17.).

(3) Ainsi nous voyons des répliques tirées du dol du défendeur (*Fr. Vat.*, §§ 266, 294, 312), de la chose jugée (L. 24, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2), de la loi Cincia (*Fr. Vat.*, § 259), du senatus-consulte Velléien (L. 32 § 2, *Ad s. c. t. Vell.*), d'une vente suivie de tradition (L. 1 § 5, *De dol. mal. et exc.*, XLIV, 2), du défaut de payement d'un prix de vente (L. 1 § 5, *De exc. rei vend. et trad.*, XXI, 3), etc.

quences importantes : 1° les répliques comportent exactement les mêmes divisions et classifications que les exceptions elle-mêmes. Il serait donc inexact de les faire dériver toutes de l'équité, bien que Gaius (IV, §§ 126 à 128) et Justinien (*pr.*, §§ 1 et 2 *sup.*) paraissent s'exprimer en ce sens; 2° de même que les exceptions ne paralysent pas toujours *l'intentio* tout entière et n'aboutissent parfois qu'à une condamnation moindre, de même les répliques peuvent laisser subsister l'exception pour partie, et alors le demandeur n'obtient qu'une condamnation inférieure au montant de sa demande (L. 15 pr., *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2).

Sur les dupliques et les tripliques, je serai très bref, parce que les principes généraux sont les mêmes que pour les répliques et que la matière est d'une application évidemment moins usuelle.

Les dupliques sont opposées par le défendeur en vue de rendre à l'exception la force que lui ôte la réplique. J'emprunte un exemple aux *fragmenta Vaticana* (§ 259). L'espèce est celle d'une donation qui excède le *modus Cinciæ*. Les choses données sont *res mancipi* et ont été simplement livrées. Le donataire ne les a point encore usucapées, et le donateur meurt sans avoir changé de volonté. Cela étant, les héritiers du donateur intentent la *rei vindicatio;* à l'exception *rei donatæ et traditæ* qui leur est opposée ils répondent par la *replicatio legi Cinciæ*, mais cette réplique succombe devant une duplique de dol tirée de la volonté dans laquelle le défunt a persévéré jusqu'à sa mort (1).

Les tripliques sont opposées par le demandeur et tendent à paralyser la duplique, par conséquent à assurer l'effet de la réplique et de l'*intentio*. Aucun exemple ne nous est fourni par le texte (2).

Gaius (IV, § 129) et Justinien (§ 3 *sup.*) nous apprennent que les tripliques étaient combattues, s'il y avait lieu, par des moyens ultérieurs, qui eux-mêmes pouvaient être paralysés par d'autres, et ainsi de suite. Mais de tels moyens devaient être d'un usage assez rare pour que l'on n'eût pas même songé à les nommer.

(1) Sur le texte qui vient d'être analysé, voir t. I, page 751, note 1.

(2) Nous trouvons bien deux textes où le moyen employé est appelé *triplicatio* (L. §§ 1 et 2, *De cur. fur.*, XXVII, 10). Mais comme il est opposé à une réplique par le défendeur, c'est qu'évidemment le mot *triplicatio* fonctionne ici comme synonyme de *duplicatio*. Faut-il croire à une erreur de copiste ? Peut-être. Cependant Ulpien appelle *triplicatio* ce que les Institutes de Gaius et de Justinien nomment *duplicatio* (L. 2 § 3, *De exc.*). Serait-ce donc que le langage n'était pas absolument fixé? (Voir T. II, p. 1237, note 2).

VIII. — DE L'EXCEPTION *doli mali*.

905. Nous avons déjà rencontré mainte application de cette exception qui est de beaucoup la plus large et la plus usuelle de toutes. Nous savons par qui et à quelle époque elle fut introduite (T. II, page 1061, note 2), en quoi consiste le dol d'où elle dérive (n° 838), comment elle est formulée (n° 892), quelle en est la durée (T. II, page 1070, note 1), et d'une manière plus générale, quelle place elle occupe dans les diverses classifications des exceptions (n° 893 et s.). Reste, pour avoir les éléments d'une théorie à peu près complète, à insister sur son caractère de généralité, à déterminer les personnes à qui et contre qui elle compète, et à dire quelques mots des effets qui lui sont propres.

L'exception de dol est générale. Ulpien le constate, et nous en trouvons la preuve dans la formule *si nihil in ea re dolo malo A.ⁱ A.ⁱ factum sit neque fiat* (L. 4 § 33, *De dol. mal. et met. exc.* — Gaius, IV, § 119). Cela signifie d'abord que, quels que soient la nature et le nombre des faits ou négligences qui constituent le demandeur en état de mauvaise foi, le juge est autorisé à en tenir compte, pourvu qu'ils se rapportent à l'objet du litige. Ainsi quand le demandeur est muni de plusieurs exceptions spéciales qui tendent toutes à faire prévaloir l'équité, l'exception de dol lui épargne la peine de les insérer dans la formule; en même temps donc qu'elle simplifie la procédure *in jure*, elle donne plus d'espace à la défense et élargit les pouvoirs du juge. Du caractère général de cette exception, il résulte encore que l'on ne se préoccupe pas de l'époque où le dol a été commis. Ainsi il peut être antérieur à la *litis contestatio* et même contemporain de la formation du droit; par exemple le défendeur est poursuivi en vertu d'une promesse personnelle ou comme héritier du débiteur originaire, et son moyen de défense consiste à soutenir que, sans les manœuvres de son adversaire, il n'aurait rien promis ou n'aurait pas fait adition (L. 40, *De dol. mal.*, IV, 3. — L. 36, *De verb. obl.*, XLV, 1). D'autres fois le dol résulte de la demande elle-même. Par exemple j'ai stipulé de l'argent que je n'avais pas compté, ou j'ai consenti un pacte de remise; à coup sûr une telle stipulation n'implique pas nécessairement une arrière-pensée de fraude, et un tel pacte est toujours en soi un acte loyal. Mais si j'agis sans qu'une numération d'espèces soit venue donner une cause à ma créance ou qu'un pacte ultérieur ait enlevé au débiteur le

bénéfice de la remise, je commets par cela même un acte de mauvaise foi (L. 2 §§ 3 et 4 ; L. 4 §§ 1 et 2, *De dol. mal. et met. exc.*) (1). Enfin, ce qui est plus remarquable, l'exception *doli mali* embrasse même le dol commis *pendente judicio* (L. 11 pr., *De dol. mal. et met. exc.*) (2). Le caractère pratique et la nécessité de cette règle apparaîtront avec évidence si l'on réfléchit que bien souvent le succès d'une demande est subordonné à certaines conditions, ce sera par exemple une dépense à rembourser ou une satisdation à fournir. Il y a là de véritables obligations corrélatives au droit du demandeur et qui en supposent la preuve faite. C'est donc le juge qui les constate, comme c'est lui qui en détermine la quotité ou le mode d'exécution. Par conséquent, le dol qui consiste à vouloir s'y dérober ne peut pas se produire *ante judicium acceptum*, et il fallait ou ne pas le réprimer ou admettre, comme on l'a fait, que l'exception *doli mali* comprend le dol postérieur à la *litis contestatio* aussi bien que le dol antérieur (L. 2 § 7 ; L. 5 pr., §§ 1 et 2, *De dol. mal. et met. exc.* — Inst., §§ 30, 32, 33, 34, *De div. rer.*, II, 1) (3).

906. Sur la double question de savoir par qui et à qui l'exception de dol peut être opposée, nous retrouvons les solutions déjà données à propos de l'action *de dolo* (T. II, page 1064). D'une part le défendeur peut toujours exciper du dol dont il a souffert, et cela quand même ce dol aurait été dirigé contre un tiers ; d'autre part, l'exception doit être fondée sur le dol du demandeur lui-même. Ulpien, qui pose ces deux principes (L. 2 §§ 1 et 2, *De dol. mal. et met. exc.*), nous fait remarquer que l'un et l'autre se réfléchissent dans la rédaction de l'exception : elle ne nomme pas la victime du dol, et en ce sens elle est *scripta in rem*, mais elle nomme l'auteur du dol, et à cet égard elle est *scripta in personam*. Du reste ces deux principes n'ont pas une égale portée. Le premier est absolu, le second comporte quelques dérogations ; en d'autres termes, notre exception se tire parfois du dol d'un tiers,

(1) Nous avons vu Ulpien pousser fort loin cette idée que le dol peut résulter du seul fait de la poursuite (T. II, page 1221, note 1).

(2) Ce texte vise particulièrement l'hypothèse d'une action intentée *per procuratorem* et décide que l'exception *doli mali* comprend le dol commis par le procureur *post litem contestatam*. Mais à bien plus forte raison comprend-elle le dol commis par celui qui demande en son propre nom.

(3) Pour que le dol commis *in judicio* soit pris en considération par le juge, il faut évidemment supposer que l'exception *doli mali* a été insérée dans la formule, ou, ce qui revient au même, que l'action est de bonne foi. L'opinion contraire a été appuyée sur un texte d'Ulpien que l'on a mal interprété selon moi, et dont je crois avoir donné la véritable explication (L. 23 § 3, *De cond. ind.*, XII, 6. — T. II, page 895).

et alors le nom de ce tiers doit figurer dans la formule. Ce résultat se présente ou peut se présenter dans trois ordres d'hypothèses :

1° Le demandeur est l'héritier ou l'ayant-cause universel de l'auteur du dol. Ici l'exception peut toujours lui être opposée (L. 4 § 16, *De dol. mal. et met. exc.*) (1).

2° Le demandeur est un ayant-cause particulier de l'auteur du dol. Ici nous retrouvons une distinction déjà appliquée en d'autres matières: aux ayant-cause à titre onéreux, tels qu'un acheteur ou un échangiste, le dol de leur auteur ne peut être opposé, du moins en règle générale, tandis que la règle inverse est admise d'une manière absolue à l'égard des ayant-cause à titre gratuit, tels que les légataires ou donataires (L. 4 §§ 27, 28, 29, 31, *De dol. mal. et met. exc.*) (2).

3° Le dol a été commis par un représentant du demandeur. Cette hypothèse en comprend plusieurs : 1° ce représentant peut être une personne soumise à la puissance du demandeur. De deux choses l'une, alors : ou l'acte sur lequel l'action est fondée se rattache à la gestion du pécule, ou il ne s'y rattache pas. Au premier cas, le dol du fils de famille ou de l'esclave, à quelque époque qu'il ait été commis, fournit une exception contre le père ou le maître. Au second cas, on ne tient compte que du dol commis *in ipso negotio* (L. 4 § 17, *De dol. mal. et met. exc.*); 2° le représentant est un mandataire. Ici encore on admet une distinction semblable à la précédente. S'il s'agit d'un mandataire général, l'exception résulte du dol par lui commis à une époque quelconque (L. 4 § 18, *De dol. mal. et met. exc.*); s'il s'agit d'un mandataire spécial, l'exception suppose le dol commis *in ipso negotio* (arg. de la loi 11 pr., *De dol. mal. et met. exc.*) ; 3° enfin le représentant est un tuteur ou un curateur. Son dol ne fournit d'exception contre l'individu en tutelle ou en curatelle qu'autant que celui-ci s'en est enrichi. La personne en tutelle ou en curatelle est donc traitée avec plus d'indulgence que le mandant, et cela parce qu'elle n'a pas

(1) Ce texte décide que l'affranchi poursuivi par l'héritier de son patron, ne peut pas exciper *de dolo patroni*; mais pourquoi ? parce que la *reverentia* n'est pas moins due au patron mort qu'au patron vivant. Un tel motif implique avec évidence qu'en toute autre hypothèse l'héritier devrait subir l'exception fondée sur le dol de son auteur.

(2) Cette règle est même appliquée avec quelque exagération en ce sens que l'on traite comme des ayant-cause à titre gratuit le créancier gagiste ou hypothécaire et l'individu qui a reçu l'abandon noxal d'un esclave (L. 4 §§ 30 et 31, *De dol. mal. et met. exc.*). Pour l'un, cette doctrine est fondée sur ce que la chose grevée doit finalement revenir aux mains du constituant, et pour l'autre, sur ce qu'il n'a rien donné ni promis pour acquérir l'esclave délinquant.

choisi elle-même son représentant (L. 4 §§ 23 à 25, *De dol. mal. et met. exc.*) (1).

907. Sur les effets de l'exception de dol, je remarque d'abord qu'elle assure le succès du défendeur alors même que le dol est réciproque. En pareil cas, on applique la règle *in pari causa melior est causa possidentis*, et c'est pourquoi Ulpien nous dit que la *replicatio doli* est inutile contre notre exception (L. 4 § 13, *De dol. mal. et met. exc.* — L. 154, *de reg. jur.*, L, 17). Cette inutilité nous apparaîtra tout à l'heure à un autre point de vue tout différent.

Un effet plus remarquable de l'exception de dol consiste à transformer l'action où elle figure en action *bonæ fidei*. C'est ce qu'indique un texte de Papinien dont toutefois la signification est controversée (L. 42 pr., *De mort. caus. don.*, XXXIX, 6), et cela est confirmé tant par une scolie placée sous le texte correspondant des Basiliques (XLVII, 3,42) et empruntée à Dorothée, l'un des rédacteurs des Institutes (2), que par une constitution de l'empereur Alexandre qui attribue exactement le même effet à la *replicatio doli* (L. 3, C., *De exc.*). Cependant la formule du principe est certainement beaucoup trop large ; l'insertion d'une exception de dol ne change pas d'une manière absolue le caractère de l'action ; notamment dans une action *certa* elle n'écarte pas le péril de la *plus petitio*, et dans une action *stricti juris* elle n'entraîne pas application des règles que l'action de bonne foi comporte relativement aux fruits, aux intérêts et aux fautes. Quelle est donc la véritable portée de notre principe ? Je ne puis me flatter de la déterminer d'une façon complète. Mais il me paraît contenir au moins les quatre idées suivantes : 1° une *cautio* peut être exigée du défendeur à l'effet de garantir des obligations éventuelles ou non encore exigibles qui se rattachent à la même cause que l'action (3). Sur ce point, nous avons le témoignage de Papinien dans le texte précédemment cité (4) ; 2° les jurisconsultes qui restreignaient la

(1) Je rappelle qu'il y eut des discussions à cet égard (T. II, n° 150, page 360, note 2).

(2) La vérité m'oblige à constater qu'une autre scolie placée sous le même texte contredit l'affirmation de Dorothée.

(3) Voir T. II, page 1159, 8°.

(4) Voici l'espèce prévue. Séia a donné ses biens à Titius. Elle en a transféré la propriété et retenu l'usufruit. Deux conventions ont été jointes à l'aliénation. Il a été dit d'abord que si Titius prédécède, les biens donnés feront retour à Séia, puis, que celle-ci venant à mourir elle-même, ils passeront à ceux des enfants de Titius qui survivraient. Titius étant mort, ses héritiers revendiquent. Séia leur oppose avec succès l'exception *doli*. Ici le jurisconsulte se pose cette question : *bonæ autem fidei judicio constituto, quærebatur an mulier promittere debeat se*

règle *judicia absolutoria sunt* aux actions arbitraires ou *bonæ fidei*, devaient l'admettre partout comme une conséquence de l'exception de dol écrite dans la formule ; 3° lorsque le demandeur prétend rejeter sur son adversaire lui-même le dol que celui-ci lui impute, une *replicatio doli* n'est pas nécessaire ; elle est sous-entendue dans l'exception de dol, comme cette exception l'est elle-même dans une action de bonne foi. Prenons un exemple. Devant le juge, le défendeur, obligé de préciser les faits qui constituent le dol, allégue que la demande est formée au mépris d'un pacte de remise. Le demandeur reconnaît l'existence de ce pacte, mais répond qu'un pacte inverse est venu le paralyser. En tenant ce langage, il ne fait que nier la vérité de l'exception, il la contredit directement, et voilà pourquoi il n'a pas besoin d'une *replicatio doli*. Les choses se passeraient tout autrement si, au lieu de l'exception *doli*, la formule contenait l'exception *pacti*. Dans ce cas, une réplique de dol serait nécessaire pour faire triompher le demandeur (L. 3, C., *De exc.*) (1) ; 4° enfin si l'exception de dol autorise le juge, comme nous l'avons vu tout à l'heure, à tenir compte du dol commis *post litem contestatam*, cela encore peut s'expliquer par la transformation qu'elle fait subir au *judicium* (2).

908. Terminons en rapprochant l'exception de dol de l'action *de dolo* et de l'exception *metus*.

bona, quum moreretur, filiis Titii restituturam. Je traduis : *l'action étant devenue de bonne foi par l'insertion de l'exception de dol, on se demandait*, etc. D'autres croient que Papinien change d'hypothèse Après avoir supposé que les héritiers de Titius revendiquent, il supposerait maintenant que c'est Séia qui exerce contre eux une action fondée sur la première des deux conventions ci-dessus analysées. Cette action serait, selon les uns, l'action *præscriptis verbis*, et selon les autres, l'action *fiduciæ*. Si tel était vraiment le sens du texte, on ne pourrait plus s'en prévaloir en faveur de l'effet que j'attribue à l'exception de dol. Il se rattacherait à une autre idée déjà indiquée (T. II, page 1160, note 1).

(1) Je ferai remarquer ici que la *replicatio doli* peut être donnée, en règle générale, contre toutes les exceptions. Toutefois quand l'exception est de celles qui ne reposent pas sur l'équité, cette réplique n'est admise qu'autant qu'elle ne se résout pas en une critique du principe même sur lequel l'exception repose. Soit par exemple une exception *jurisjurandi* ou *rei judicatæ;* la réplique de dol n'autoriserait pas le demandeur à faire la preuve du parjure ou du mal jugé (L. 15, *De exc.*) ; mais elle lui permettrait d'établir que le serment ou le jugement ont été obtenus par des manœuvres frauduleuses ou qu'ils lèsent un mineur de vingt-cinq ans (L. 25, *De dol. mal.*, IV, 3. — L. 7 § 4, *De jurej.*, XII, 2. — L. 46 § 5, *De adm. et per.*, XXVI, 7. — L. 2, C., *De jud.*, III, 1).

(2) J'ai démontré plus haut (n° 901) que l'exception de dol ne fait quelquefois que diminuer la condamnation. Cette idée est absolument confirmée par notre principe, mais elle n'en est pas une conséquence, elle s'explique sans lui, puisque cet effet restreint se retrouve dans beaucoup d'autres exceptions.

Voici les principales différences qui la séparent de l'action *de dolo :* 1° elle n'est pas infamante, et en cela elle ressemble à toutes les exceptions ; 2° elle est générale, tandis que l'action *de dolo* précise rigoureusement le fait ; 3° elle n'est pas subsidiaire ; 4° elle se donne, quelle que soit l'insignifiance du préjudice causé ; 5° elle peut être opposée à certaines personnes étrangères au dol et que l'action *de dolo* n'atteint jamais ; 6° elle est perpétuelle.

Sur l'exception *metus,* notons d'abord qu'elle dérive du même genre de crainte que l'action *quod metus causa* Ce qui la sépare le plus profondément de l'exception de dol, et ce qui en fait, je l'ai déjà dit, la véritable utilité, c'est qu'elle peut être opposée au demandeur même le plus complètement innocent des faits qui ont inspiré la crainte, pourvu que ce soient ces faits qui lui aient procuré l'action qu'il exerce. Aussi est-elle *scripta in rem,* en ce sens qu'elle ne nomme pas l'auteur de la crainte. La rédaction est celle-ci : *si in ea re nihil metus causa factum est* (L. 4 § 33, *De dol. mal. et met. exc.*). De cette différence essentielle qui porte à la fois sur le fond et sur la forme, j'en ai déduit une autre : c'est que l'exception *metus* ne peut être comptée parmi celles qui tendent invariablement à faire triompher l'équité (n° 897 *in fine*). J'ajoute qu'elle est moins générale que l'exception de dol et qu'elle ne modifie en aucune façon la nature de l'action où elle est insérée.

IX. — APPLICATION DE L'EXCEPTION *doli mali* EN MATIÈRE DE COMPENSATION.

Lib. IV, tit. VI, *De actionibus,* § 30, suite. — Sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio eâs compensationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque (1) : excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credi-

Toutefois, dans les actions de droit strict elles-mêmes, un rescrit de Marc-Aurèle introduisit la compensation et permit de l'opposer par voie d'exception de dol. Mais notre constitution, admettant plus largement les compensations, a décidé qu'elles réduiront de plein droit la portée des actions, tant réelles que personnelles, ou autres, excepté la seule action de dépôt ; car nous avons cru inique que sous prétexte

(1) Ces mots ont été expliqués (n° 800).

dimus, ne sub prætextu compensationis, depositarum rerum quis exactione defraudetur.

§ 39. — Compensationes quoque oppositæ plerumque efficiunt ut minus quisque consequatur quam ei debebatur; namque ex bono et æquo, habita ratione ejus quod invicem actorem ex eadem causa præstare oportet, judex in reliquum eum cum quo actum est condemnat, sicut jam dictum est.

de compensation un obstacle pût être apporté à la restitution des choses déposées.

De même l'effet le plus ordinaire de la compensation est d'empêcher que le demandeur n'obtienne autant qu'il lui est dû. En effet, le juge, se conformant à l'équité, estime ce que le demandeur de son côté doit en vertu de la même cause, et ainsi que cela a été déjà dit, ne condamne le défendeur qu'au surplus.

909. Par une conséquence de son caractère général, l'exception de dol était appelée à voir son domaine s'agrandir à mesure que les exigences de l'équité seraient mieux analysées et mieux comprises. C'est ainsi que Marc-Aurèle l'enrichit d'une remarquable et fort heureuse application. Anciennement, le juge ne pouvait pas être autorisé à tenir compte des dettes dont le créancier demandeur était grevé envers son propre adversaire : l'*intentio* justifiée emportait donc une condamnation égale au montant de la demande. De cette façon, le défendeur se trouvait obligé de payer une somme qu'à un autre titre il avait le droit de se faire restituer en tout ou en partie. C'était une gêne pour lui; c'était aussi une iniquité, car le créancier n'a pas d'intérêt légitime à toucher ce qu'il ne peut pas garder (L. 3, *De comp.*, XVI, 2). De là l'idée de la compensation qui consiste, étant donné deux personnes respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre, à imputer la plus faible des deux dettes sur la plus forte (*debiti et crediti inter se contributio*, L. 1, *De comp.*). Avant d'étudier la décision de Marc-Aurèle, il faut en connaître les précédents. Gaius nous en indique trois.

1° Ainsi que nous l'avons déjà vu (nos 869 et 871), dans les actions de bonne foi le juge compense les obligations réciproques qui dérivent *ex eadem causa*. L'insertion d'une exception n'est pas nécessaire pour lui conférer ce pouvoir : il résulte de la clause *ex fide bona*.

2° Lorsque c'est un *argentarius* qui agit en justice, et que d'ailleurs son action est à la fois *stricti juris* et *certa*, il est tenu de faire préalablement la balance de ses comptes avec son adversaire, de déduire, s'il y a lieu, ce qu'il doit lui-même de ce qui lui est dû,

et de ne demander que la différence. Cette compensation est obligatoire, quelles que soient les causes des deux dettes, et ce qu'il faut surtout remarquer, elle se fait dans *l'intentio*, d'où Gaius (IV, § 68) conclut qu'omise ou insuffisante elle aboutit à une *plus petitio*. Prenons l'exemple donné par ce jurisconsulte (IV, § 64). *L'argentarius*, créancier de vingt et débiteur de dix, doit formuler son *intentio* de la manière suivante : *Si paret Titium sibi X millia dare oportere amplius quam ipse Titio debet* (1). S'il demande douze, sa créance sera perdue, non pas seulement jusqu'à concurrence de douze, mais pour le tout. Car par cela même que son *intentio* ne contient qu'une différence, elle déduit tout *in judicium* (2). Cette rigueur même nous avertit que la compensation ne doit être exigée de *l'argentarius* qu'autant qu'il peut la faire sans craindre de se tromper. Et de là deux conditions auxquelles on la surbordonne : il faut d'abord que les deux obligations aient pour objet des choses du même genre, ou, en d'autres termes, des quantités qui puissent se remplacer les unes par les autres ; ainsi l'argent ne se compense qu'avec l'argent, le vin avec le vin, le blé avec le blé (Gaius, IV, § 66) (3). Il faut, en second lieu, que la dette de *l'argentarius* soit exigible comme sa créance (Gaius, IV, § 67). Reste à expliquer pourquoi l'on impose à *l'argentarius* une obligation qui n'est imposée à aucune autre personne, pas même à celles qui le poursuivraient lui-même. On répondrait mal à cette question si l'on se contentait de dire que *l'argentarius* doit connaître son actif et son passif ; car, en règle générale, cela est vrai de tout le monde. Il ne suffirait pas non plus de faire remarquer que les *argentarii* sont seuls légalement tenus d'avoir des livres réguliers qui constatent toutes leurs opérations ; on répliquerait, en effet, que nul n'a le droit d'oublier ses dettes, et qu'il faut inscrire dans sa mémoire ce qu'on n'inscrit pas sur le papier. Deux raisons meilleures peuvent être données. La première, c'est que

(1) Cette formule nous montre que les effets de la compensation ne remontent pas au jour de la coexistence des deux dettes et ne se produisent qu'au moment de la *litis contestatio*. La même preuve résulte avec plus de force encore de ce que l'adversaire de l'*argentarius* n'est pas obligé de compenser quand c'est lui-même qui agit.

(2) Toutefois l'*argentarius* conserve une créance naturelle (nº 767). Il peut donc, du moins sous l'empire de la législation qui fut établie par Marc-Aurèle, opposer une exception de dol à la demande qui serait formée contre lui par son adversaire.

(3) Gaius nous apprend ici que selon quelques jurisconsultes il fallait de plus que les deux dettes eussent pour objet des choses de même qualité.

les livres des *argentarii* constatent principalement des comptes courants ; or ces comptes se composent souvent d'un très grand nombre de détails : le doit et l'avoir de chacun varient sans cesse, et la balance oscille tantôt d'un côté, tantôt de l'autre, de sorte que pour savoir quel est en définitive le créancier et combien il lui est dû, c'est une nécessité d'avoir les livres en sa possession et sous les yeux. En outre, tandis que les livres des particuliers ont un caractère absolument privé et ne sont pas ouverts à tout le monde, ceux des banquiers sont réputés appartenir à toute personne intéressée, et en conséquence chacun peut, en ce qui le concerne et sous la condition de jurer qu'il n'agit pas *calumniæ causa*, en exiger ou la production ou un extrait (L. 4 pr. et § 1 ; L. 6 § 1 ; L. 9 § 3, *De ed.*, II, 13) (1). Si donc le banquier créancier et débiteur de la même personne agissait pour tout ce qui lui est dû et était ensuite poursuivi pour ce qu'il doit, ses livres, qui sur l'une et l'autre action contiennent les principaux éléments de décision, passeraient deux fois sous les yeux du juge et les même comptes seraient l'objet d'un double examen. On évite cette complication en l'obligeant à ne demander que le solde de son compte.

3° J'ai déjà dit (T. II, page 177, note 2) que le *bonorum emptor*, agissant comme créancier du chef du *defraudator* (débiteur déconfit), doit exercer une déduction à raison de ce que celui-ci devait lui-même au défendeur en vertu d'une cause quelconque. Cette déduction ne se fait pas dans l'*intentio*, mais dans la *condemnatio* qui de cette façon devient *incerta* alors même que l'objet de l'action consiste en une somme d'argent déterminée. Il résulte de là que le demandeur qui ne déduit rien ne commet pas de *plus petitio* (Gaius, IV, § 68) ; mais son adversaire, exposé à subir une condamnation trop forte, peut, conformément à une règle générale déjà connue (n° 865 *in fine*), obtenir par voie de restitution *in integrum* la modification de la formule. Du reste, la déduction porte sur toute espèce de dettes, quel qu'en soit l'objet, même sur celles qui ne sont point encore exigibles (Gaius, IV, §§ 66 et 67). Si à ce double point de vue elle paraît plus rigoureuse que la compensation exigée de l'*argentarius*, cela tient précisément à

(1) En règle générale, un simple particulier n'est jamais obligé de produire ses livres en dehors d'une instance judiciaire où il figure comme partie, et encore en ce cas faut-il distinguer entre le défendeur et le demandeur : celui-ci peut être contraint de produire ses livres, celui-là ne le peut que dans des cas exceptionnels et *cognita causa* (LL. 1, 5 et 8, C., *De ed.*, II, 1).

ce que le *bonorum emptor* ne court pas le risque de commettre une *plus petitio* (1).

Les précédents du rescrit de Marc-Aurèle ne seraient pas complétement indiqués, si je négligeais de rappeler que la compensation était fort probablement admise dans les actions fondées sur une stipulation prétorienne (T. II, page 769), et qu'elle l'était sans aucun doute dans les *cognitiones extra ordinem*. Cette dernière hypothèse offre même ceci de tout à fait particulier, qu'elle aboutissait à la condamnation du demandeur, lorsque la dette de ce dernier l'emportait sur sa créance (T. II, page 873, note 1).

Laissant de côté les diverses hypothèses que je viens de passer en revue, demandons-nous maintenant si la procédure formulaire ne donnait aucune ressource au défendeur qui prétendait avoir une créance contre le demandeur. Il pouvait *in jure* former une *mutua petitio* ou demande reconventionnelle. Rien n'était plus fréquent, nous dit Quintilien (*Inst. orat.*, III, x), que ces demandes opposées l'une à l'autre (*petitiones invicem adversæ*). En pareil cas, les deux actions ne se confondaient pas en une seule ; chaque partie exerçait la sienne distinctement (2). Mais, ainsi que le constate un jurisconsulte du second siècle (L. 38 pr., *Mand.*, XVII, 1), les deux formules délivrées par le magistrat portaient nomination d'un même juge. L'utilité évidente de ce procédé est que les deux demandes étant reconnues justes et les deux droits liquidés, le juge pouvait assez aisément concilier les parties et obtenir qu'elles se fissent réciproquement remise jusqu'à concurrence de la plus faible des deux dettes (3).

(1) Comment expliquer la *deductio* exigée du *bonorum emptor?* C'est une question fort obscure. Cependant, si l'on admet comme je l'ai fait (T. II, page 177, note 2), qu'il déduit non pas toute la dette du *defraudator*, mais seulement le dividende dont il est lui-même tenu comme acquéreur, on trouvera là les éléments d'une explication qui serait celle-ci : la personne qui était à la fois débitrice et créancière du *defraudator* reste tenue de sa dette entière et perd une partie de sa créance; à titre de dédommagement, on veut lui éviter la peine d'exercer une poursuite. Ses deux comptes avec le *bonorum emptor* se régleront donc dans une seule action. Au surplus, j'estime que le rescrit de Marc-Aurèle fit disparaître l'utilité de cette *deductio*, tandis qu'il laissa certainement subsister la compensation imposée à l'*argentarius*.

(2) C'est à quoi fait allusion un passage connu de Sénèque : *non confunditur formula, si is qui apud me pecuniam deposuit, idem mihi postea furtum fecerit, et ego cum illo furti agam, ille mecum depositi* (*De ben.*, VI, 5). Précédemment ce texte a été par mégarde cité en sens contraire de sa véritable signification (T. II, p. 818, note 2).

(3) Le rescrit de Marc-Aurèle ne fit pas disparaître l'usage des *mutuæ petitiones*, même quand il s'agissait de deux actions purement personnelles, mais il est clair

910. Arrivons à la législation de Marc-Aurèle. D'après les Institutes (§ 30 *sup.*), ce prince rendit la compensation possible dans les *stricta judicia* : pour la faire admettre par le juge, le défendeur eut à son service l'exception *doli mali*, attendu que la bonne foi ne nous permet pas de réclamer ce qui nous est dû sans tenir compte de ce que nous devons. Envisagée dans sa forme, cette compensation diffère donc aussi bien de celle qui fut de tout temps usitée dans les actions *bonæ fidei* que de celle de l'*argentarius* et de la *deductio* du *bonorum emptor*. Mais d'autre part elle ressemble à ces deux dernières en ce qu'elle s'applique à des dettes qui n'ont pas même origine; cela est évident puisque les actions *stricti juris* dérivent invariablement d'une cause unilatérale (1). Avant d'aller plus loin, deux questions doivent être résolues : 1° Marc-Aurèle innovait-il ou ne faisait-il autre chose que sanctionner une jurisprudence antérieure ? Le premier point de vue me paraît le meilleur. Outre qu'il est autorisé par le langage des Institutes (*compensatio inducebatur*) et par la paraphrase de Théophile, il nous explique seul le silence de Gaïus. Ce jurisconsulte a bien pu ignorer le rescrit de Marc-Aurèle, ou ce rescrit n'être rendu qu'après sa mort, tout au moins après l'achèvement de ses commentaires. Mais assurément une jurisprudence qui eût fait de la compensation le droit commun ne lui aurait point échappé, et il n'eût pas négligé de la signaler, lui qui insiste si minutieusement sur la législation exceptionnelle relative à l'*argentarius* et au *bonorum emptor* (2) ; 2° d'après

qu'une fois les deux condamnations prononcées, la compensation put désormais être opposée dans l'action *judicati*. Et de là des constitutions impériales aux termes desquelles le juge devait, en règle générale, statuer ensemble sur les deux demandes : sinon l'exécution de la première condamnation prononcée demeurait suspendue jusqu'au second jugement (L. 1 § 4, *Quæ sent. sine app.*, XLIX, 8).

(1) Cela n'empêche pas les Institutes, parlant de la compensation établie par Marc-Aurèle, de la faire dériver *ex eadem causa* (§ 39 *sup.*). Cette inadvertance est d'autant plus étonnante que nous les avons vues précédemment supprimer ces mots là où elles auraient pu les laisser (T. II, page 1149, note 1).

(2) En sens contraire on allègue d'abord que l'équité est invariable, que ce qui est dol à une époque est dol à toute époque. Je réponds que si la notion d'équité considérée en elle-même ne varie pas, notre façon de l'appliquer comporte certainement des variations et des progrès. Il est incontestable que même à l'époque de Gaïus (IV, § 61) la compensation *ex diversa causa* échappait à l'examen du juge dans les actions de bonne foi, et cela suffit à prouver que pendant longtemps les Romains n'estimèrent pas que cette compensation fût commandée par l'équité. Une objection plus sérieuse se tire de l'examen du titre *de compensationibus* où nous trouvons des décisions fournies par des jurisconsultes dont les uns certainement et les autres probablement n'ont pas connu le rescrit de Marc-Aurèle. Mais il est facile de répondre que ces décisions, dans la pensée de leurs auteurs, ne s'appliquaient pas à notre matière. La loi 4, très visiblement, se rapportait à la com-

les Institutes, le rescrit ne visait textuellement que les actions *stricti juris*. Mais sa pensée n'était-elle pas beaucoup plus large, et ne devons-nous pas croire qu'il fut appliqué à toutes les actions personnelles? L'affirmative ne saurait être douteuse, soit que l'on consulte la pure logique ou les textes : la logique, car l'existence du dol est indépendante de la nature de l'action ; les textes, car nous voyons dans les Institutes que même avant Justinien la compensation pouvait être opposée *ex diversa causa* dans les actions de bonne foi (n° 871), et Ulpien nous la montre reçue jusque dans les actions pénales (L. 10 § 2, *De comp.*).

911. L'exception tirée de la compensation n'est admise que sous les deux conditions suivantes: 1° il faut que les deux obligations soient échues (L. 7 pr., *De comp.*). Pour celle du défendeur, cette condition est nécessairement remplie, sans quoi l'action ne pourrait pas être intentée. Pour celle du demandeur, elle est fondée sur ce que le bénéfice du terme ne saurait lui être enlevé (1); 2° les deux obligations doivent exister, je ne dis pas nécessairement entre le demandeur et le défendeur, mais entre eux, s'ils plaident pour leur propre compte, sinon entre les deux individus qu'ils représentent, chacun jouant dans l'une le rôle de créancier et dans l'autre le rôle de débiteur (L. 16 pr. ; L. 18 § 1, *De comp.* — L. 9, C., *De comp.*, IV, 31). Ainsi quand un tuteur agit en cette qualité et qu'il doit personnellement quelque chose au débiteur du pupille, sa dette ne donne pas lieu à compensation (L. 23, *De comp.*). Toutefois cette règle souffre quelques exceptions : par exemple, la compensation peut être opposée par un *correus socius* du chef de son *correus* (L. 10, *De duob. reis*, XLV, 2), et par un fidéjusseur du chef du débiteur principal, car l'exception de dol est *rei cohærens* (L. 5, *De comp.*) (2). — Nulle autre condition n'est exigée. Peu importe donc que les deux dettes ne soient pas liquides ou qu'elles

pensation de l'*argentarius*, et rien n'empêche de croire que c'est elle aussi ou la *deductio* du *bonorum emptor* qui formaient l'objet des lois 3, 5, 8, 13, 14 et 15. La loi 2 seule est un peu embarrassante; mais Justinien a bien pu y ajouter ou y retrancher quelque chose.

(1) On ne tient pas compte ici du terme de grâce qui est accordé pour l'exécution des jugements (L. 16 § 1, *De comp.*).

(2) Comme ce texte appartient à Gaius, je l'ai cité tout à l'heure (page 1250, note 2) parmi ceux que Justinien a pu détourner de leur sens originaire. Il se rapportait probablement à l'*argentarius*. En effet la loi 4 met hors de doute que l'*argentarius* qui agissait contre le fidéjusseur compensait avec sa créance ce que lui-même devait au débiteur principal. S'il ne le faisait pas, il demandait trop et perdait tout. C'est ce résultat non effacé par Justinien qui nous donne la véritable signification de la loi 4.

aient pour objet des choses de nature différente, même des corps certains (1) ; dans tous les cas, la mission du juge consiste à les liquider, c'est-à-dire à en vérifier l'existence et la quotité, puis à les ramener l'une et l'autre à une estimation pécuniaire, et alors il opérera sans difficulté la compensation. Peu importe aussi que la créance du défendeur ne soit que naturelle (L. 6, *De comp.*), ou qu'elle fasse l'objet d'une instance judiciaire déjà engagée (L. 8 ; L. 18 pr., *De comp.*) (2).

La compensation une fois admise par le juge, quels en sont les effets? D'abord, les deux dettes, à compter du jour de leur coexistence et dans la mesure même où elles se compensent, sont réputées avoir cessé de produire des intérêts. Cette décision, fort utile lorsque les intérêts n'étaient pas égaux des deux côtés ou ne couraient que d'un seul, ne paraît pas avoir été une conséquence directe du rescrit de Marc-Aurèle : elle est due à Septime Sévère et dérive de l'équité plutôt que d'une nécessité logique (LL. 11 et 12, *De comp.* — LL. 4 et 5, C., *De comp.*). Maintenant, de trois choses l'une : ou les deux créances sont exactement égales, et alors le défendeur est absous et les deux parties sont quittes l'une envers l'autre ; ou bien la créance du défendeur est la plus forte, et ici encore il est absous, mais il conserve son action pour tout ce qui lui reste dû ; ou enfin, et cette hypothèse est de beaucoup la plus pratique, la créance du défendeur est la plus faible, et dans ce cas il est condamné à une somme qui représente la différence entre ce qu'il devait et ce qui lui était dû. L'exactitude de ce dernier résultat est certaine quand on se place dans la procédure extraordinaire (§ 39 *sup.*). Mais pour l'époque classique, certains interprètes admettent qu'il ne pouvait pas se produire en dehors des actions de bonne foi. Le défendeur, débiteur de cent et créancier de dix, devait être absous, disent-ils (3). Cette doctrine n'est qu'une application particulière d'une doctrine plus géné-

(1) On trouve bien dans les sentences de Paul (II, 5 § 3) un texte d'après lequel la compensation ne serait admise que *ex pari specie*, c'est-à-dire entre dettes ayant pour objet des choses de même genre. Mais ce texte se rapporte à la compensation de l'*argentarius ;* ce qui le prouve avec la dernière évidence, c'est que Paul ajoute : *si totum petas, plus petendo causa cadis*. Nous voyons d'ailleurs par un texte d'Ulpien (L. 10 § 2, *De comp.*) que la *condictio furtiva* comporte la compensation ; or dans cette action le créancier demande un corps certain.

(2) Que devient alors cette instance? je l'ignore. Ce qui est évident, c'est que l'exécution de la condamnation à laquelle elle aboutirait ne se cumule pas avec le bénéfice de la compensation.

(3) L'accord n'est pas complet entre ceux qui acceptent ce point de vue. Une idée tout à fait bizarre a été émise, d'après laquelle ce serait commettre une *plus petitio*

rale relative à l'exception de dol. Je l'ai donc réfutée d'avance en démontrant que cette exception peut n'avoir d'autre effet que d'abaisser le montant de la condamnation (n° 901). Ma réfutation, en ce qui concerne spécialement notre matière, sera complétée par les deux observations suivantes : 1° quand Justinien (§ 30 *sup.*) parle du rescrit de Marc-Aurèle, il le présente comme ayant étendu aux actions *stricti juris* une doctrine jusque-là restreinte aux actions de bonne foi ; en d'autres termes, et sauf la nécessité d'une exception *doli mali*, la compensation *ex diversa causa* aurait eu la même portée et se serait faite d'après les mêmes règles que la compensation *ex eadem causa*. Or le résultat de celle-ci n'est pas douteux : elle faisait condamner le défendeur jusqu'à concurrence de l'excédent de sa dette sur sa créance (Gaius, IV, § 61). Que si nous consultons Théophile (sur le § 30 *sup.*), il constate formellement que telle fut en effet la conséquence immédiate du rescrit de Marc-Aurèle ; 2° le système rigoureux que je repousse aboutit à cette conséquence que tout demandeur qui veut agir avec sécurité doit, à l'exemple de l'*argentarius*, faire lui-même la compensation. Mais cela suppose qu'il peut mesurer exactement la différence entre ce qui lui est dû et ce qu'il doit. Or il ne le peut qu'autant que les deux dettes ont pour objet des choses fongibles entre elles. On est donc conduit à admettre, et plusieurs interprètes l'ont fait, qu'en dehors de cette hypothèse, le rescrit de Marc-Aurèle est inapplicable par la force des choses. C'est une erreur ajoutée à une autre erreur, mais commandée par la logique.

J'ai supposé la compensation admise par le juge. Mais il faut prévoir aussi l'hypothèse contraire. Or, le plus souvent, quand la compensation n'aura pas été faite, c'est que la créance alléguée par le défendeur aura été jugée ne pas exister ou n'être pas valable, et alors elle sera perdue ; l'action intentée pour la faire reconnaître tomberait devant l'exception *rei judicatæ*. Que si, au contraire, le moyen tiré de la com-

que de demander cent quand on doit dix. Seulement cette *plus petitio* n'existerait qu'autant que l'exception de dol serait opposée. En ce sens on allègue des textes qui se rapportent à l'*argentarius* (LL. 4 et 21, *De comp.* — Paul, II, 5 § 2) et qui par conséquent ne prouvent rien. Nous savons d'ailleurs que la *plus petitio* résulte *ipso jure* de l'exagération de la demande. C'est donc une chose contradictoire en soi qu'une *plus petitio* qui suppose l'insertion d'une exception. On ne m'objectera pas que sous Justinien la demande formée au mépris d'un pacte *de non petendo intra tempus* n'est repoussée comme autrefois que par voie d'exception et néanmoins emporte *plus petitio*. Cette décision, quoique sage dans son résultat, est incorrecte dans la forme : elle eût fait sourire les anciens jurisconsultes.

pensation a été négligé plutôt que rejeté, si, par exemple, le juge ne l'a écarté que pour éviter de trop longs débats, le droit du défendeur demeure intact et peut faire l'objet d'une action, car il n'a pas été déduit *in judicium* (L. 7 § 1, *De comp.*).

912. Si nous passons à la législation de Justinien, ni la compensation de l'*argentarius* ni la *deductio* du *bonorum emptor* ne s'y retrouvent : l'une a disparu à une époque et par des causes qu'il serait difficile de préciser, l'autre a péri avec la *bonorum venditio* elle-même, dans la ruine du système formulaire. Quant à la compensation établie par Marc-Aurèle, elle subsiste, mais embrouillée et rendue presque inintelligible par une constitution de Justinien (L. 14, C., *De comp.* — § 30 *sup.*). Cette constitution se résume en trois propositions essentielles. Sur chacune nous aurons à nous demander ce qu'elle signifie et dans quelle mesure elle innove.

1° La compensation aura lieu désormais dans toute espèce d'actions tant réelles que personnelles. — Ici l'intention d'innover est très claire, mais la pensée de l'empereur ne l'est pas. La difficulté tient à ce que, dans la procédure extraordinaire, la condamnation porte, quand cela est possible, sur l'objet même du droit. Supposons donc que je me prétende propriétaire ou créancier de telle maison ou de tel esclave, et par hypothèse la chose demandée se trouve en la possession de mon adversaire qui, par conséquent, doit être condamné à me la délaisser ou à m'en transférer la propriété. Comment de cette chose le juge retrancherait-il la chose ou la somme que je dois? La compensation au sens propre du mot n'est donc pas possible. Elle ne l'est que dans deux hypothèses, lorsque nous nous trouvons en présence de deux dettes qui ont pour objet des choses fongibles entre elles, et lorsque, par la force des choses, les droits de l'une et de l'autre partie, ne pouvant pas aboutir à une satisfaction en nature, doivent être appréciés en argent. Aussi m'est-il difficile de voir dans la décision de Justinien autre chose que la faculté accordée au juge de statuer ensemble sur les prétentions respectives des plaideurs. Quand une compensation proprement dite sera possible, il la fera ; quand elle sera impossible, il prononcera deux condamnations. Ainsi entendue, l'innovation de Justinien se réduit à bien peu de chose : c'est l'ancienne pratique des *mutuæ petitiones*, avec cette différence que le défendeur fait valoir son droit par voie de défense à l'action principale, au lieu de former une demande parallèle à celle qui est dirigée contre lui. Au surplus, le principe posé par Justinien comporte deux exceptions

relatives au dépositaire et au possesseur de mauvaise foi : ni l'un ni l'autre ne peuvent opposer la compensation, c'est-à-dire qu'ils doivent d'abord être condamnés à restituer, sauf à faire valoir ensuite leur prétention par voie d'action principale (1). Mais cette rigueur ne s'applique pas, je le pense, au dépositaire dont la créance se rattacherait au contrat de dépôt.

2° La compensation ne doit être admise qu'autant que la créance du défendeur est liquide. — Ici la pensée de Justinien est fort claire : par créance liquide, il entend celle dont l'existence et l'étendue sont, non pas dès à présent certaines, mais faciles à vérifier. Le motif de sa décision est que la compensation pouvant désormais être opposée jusqu'au jugement, le défendeur qui se voit sur le point de succomber n'y chercherait souvent qu'un prétexte à l'effet de retarder sa condamnation. Ce danger était beaucoup moins à craindre autrefois, lorsque l'insertion d'une exception dans la formule était nécessaire, et pourtant j'incline à croire que, même alors, le juge pouvait négliger la compensation toutes les fois qu'elle était fondée sur une cause dont l'examen eût prolongé outre mesure la durée du procès. La règle posée par Justinien ne contiendrait donc pas une véritable innovation, et d'ailleurs c'est moins une règle proprement dite qu'un conseil donné au juge, puisque celui-ci est chargé d'apprécier la liquidité.

3° La compensation s'opère *ipso jure*. — C'est surtout cette proposition qui est obscure. Toute la difficulté porte sur la façon dont il faut entendre les mots *ipso jure*. Or ils peuvent signifier *sans le fait de l'homme, par la seule vertu de la loi;* c'est ainsi que l'héritier nécessaire est dit acquérir *ipso jure* (Inst., § 3, *De her. quæ ab int.*, III, 1) ; mais ils peuvent aussi, et tel est leur sens le plus ordinaire, être opposés à *per exceptionem*. De là deux explications entre lesquelles, selon moi, il faut choisir, quoique l'on en ait proposé d'autres : 1° Justinien voudrait dire que, désormais, la compensation ne sera plus l'œuvre du juge, mais qu'elle s'opérera par l'effet direct de la loi, et cela même à l'insu des parties, de telle sorte que du jour où les deux dettes coexisteront, elles s'éteindront réciproquement, la plus faible pour le tout, et la plus forte jusqu'à concurrence de la plus faible, comme s'il y avait deux payements simultanés. Cette explication, donnée par d'anciens et éminents interprètes, est curieuse à noter, parce qu'elle a contribué pour une large part à la formation de notre théorie de la

(1) Si nous en croyons les sentences de Paul (II, 12 § 12), l'exception relative au dépositaire était déjà admise dans le droit classique.

compensation légale. Mais en elle-même elle est peu sérieuse, elle n'a rien de romain, et le texte même de Justinien nous fournit de quoi la réfuter trois fois. D'abord la compensation légale ne se comprend qu'entre deux dettes de choses fongibles; elle est donc tout à fait impossible, non seulement dans les actions réelles, mais aussi dans un très grand nombre d'actions personnelles. En second lieu, nous voyons Justinien recommander aux juges de n'admettre la compensation qu'avec discrétion, sans trop d'empressement ni de répugnance; il leur laisse donc, comme je l'ai déjà dit, un certain pouvoir d'appréciation. Mais si la compensation résultait de la loi elle-même, le juge n'aurait qu'à la constater et à en tirer les conséquences. Enfin Justinien dit formellement que lorsque la compensation aura été écartée comme exigeant des débats trop compliqués et trop longs, le défendeur fera valoir sa créance par voie d'action. Cependant, si la compensation s'opérait de plein droit, cette créance serait éteinte. Le défendeur, je le reconnais, aurait subi une condamnation injuste, mais comment fonderait-il une action sur un droit qui n'existerait plus (1)? 2° Justinien a simple-

(1) D'après quelques interprètes, le système de la compensation légale ne serait pas seulement celui de Justinien, ce serait aussi celui de l'ancien droit. Passons en revue les principaux arguments donnés en ce sens : 1° on relève avec soin quatre textes de l'époque classique où la compensation est présentée comme se faisant *ipso jure*. Mais quelle est la portée de ces textes? L'un (L. 10 pr., *De comp.*) se réfère à la compensation *ex eadem causa* des actions de bonne foi, donc signifie simplement qu'elle est commandée par la nature même de l'action. Deux autres (LL. 4 et 21, *De comp.*) se rapportaient à l'*argentarius*, car ils parlent de *plus petitio*. Justinien a donc voulu les approprier à la législation de son temps, et pour cela, de même qu'il y a retranché la mention de l'*argentarius*, il y a introduit les mots *ipso jure*. Enfin le quatrième (L. 4, C., *De comp.*) est un rescrit d'Alexandre Sévère où l'interpolation des mots *ipso jure* n'est plus aussi évidente, mais n'en demeure pas moins très vraisemblable ; 2° j'ai dit précédemment que du jour où les deux dettes coexistent, les intérêts ne courent ni d'un côté ni de l'autre. Or, fait-on remarquer, cette décision s'explique à merveille dans le système de la compensation légale. Soit, mais elle s'explique aussi dans le système de la compensation judiciaire. Toute la différence est que dans l'un elle résulte forcément de l'extinction des deux dettes, tandis que dans l'autre elle est un simple développement du principe d'équité sur lequel la compensation elle-même repose, or ce second point de vue est confirmé par les textes (L. 5, C., *De comp.*) ; 3° supposons que postérieurement à la coexistence des deux dettes, l'une des parties paye par erreur la somme qu'elle pouvait retenir en alléguant la compensation. Dans le système que je réfute, elle paye l'indû, et n'a plus d'autre ressource que la *condictio indebiti*. Or, précisément, dit-on, cette *condictio* lui est donnée par Ulpien (L. 10 § 1, *De comp.*). A cet argument je fais deux réponses : d'abord, la *condictio indebiti* s'explique dans l'espèce par le caractère perpétuel et péremptoire de l'exception fondée sur la compensation, donc elle ne prouve pas que les deux dettes fussent éteintes de plein droit. En second lieu, il n'est pas vrai que la partie qui paye n'ait d'autre ressource

ment voulu dire qu'une exception n'est plus nécessaire pour opposer la compensation. Telle est bien l'idée que suggère la première lecture des Institutes (§ 30 *sup.*); mais elle a besoin d'être exactement comprise. Je ne prétends pas que la compensation figure désormais parmi les défenses tirées du fond; autrement cette explication se confondrait avec la précédente et tomberait sous les mêmes critiques. C'est à la forme seulement que Justinien se réfère; il emploie un langage qui était familier aux anciens jurisconsultes eux-mêmes lorsqu'ils parlaient d'exceptions sous-entendues dans les *bonæ fidei actiones* (T. II, page 1220, note 1). Réduite à ces termes, sa décision n'est plus, si l'on veut, qu'une naïveté; elle exprime un état de choses qui était la conséquence forcée de la disparition des formules. Aussi ne suis-je pas éloigné de croire que Justinien n'a pas attaché d'importance à ces mots *ipso jure* qui ont tant tourmenté les interprètes. La pensée principale de la phrase qui les contient est que désormais on ne fera plus de distinction entre les actions réelles et les actions personnelles (L. 14 pr., *De comp.*) (1).

que la *condictio indebiti* : elle conserve l'action attachée à sa créance et cela quand même elle aurait payé en connaissance de cause (L. 13, C., *De comp.*), or elle ne la conserverait pas dans le système de la compensation légale. — Pour compléter cette réfutation je puis répéter ce que j'ai déjà dit relativement au droit de Justinien : la compensation s'opère quel que soit l'objet des deux dettes, le juge n'est pas absolument forcé d'en tenir compte, et quand il l'a négligée, le droit du défendeur, loin d'être perdu, peut être porté en justice par voie d'action. J'ajoute que si les deux dettes étaient vraiment éteintes de plein droit, on ne comprendrait pas que le *correus non socius* ne pût pas opposer la compensation du chef de son *correus* (L. 10, *De duob. reis*, XLV, 2).

(1) Parmi ceux qui croient comme moi que même sous Justinien la compensation est restée judiciaire, il y en a qui expliquent les mots *ipso jure* d'une façon beaucoup moins simple : 1° Justinien voudrait dire que le juge qui admet la compensation doit dans une certaine mesure la faire rétroagir. Cette idée est indiquée par Thalélæus dans une scolie des Basiliques (XXIV, 10, 28). Mais qu'en conclut-il? Une seule chose : c'est que du jour où les deux dettes ont coexisté, elles sont réputées n'avoir plus produit d'intérêts. Il m'est difficile de croire que Justinien ait entendu exprimer d'une façon si obscure et si peu exacte une doctrine qui n'était ni nouvelle ni contestée; 2° on complète la précédente explication en disant que dans le cas même où la compensation n'a pas été faite par le juge, les rapports des parties doivent être finalement réglés comme s'il l'avait faite. Par exemple vous me deviez cent et je vous devais une égale somme. Mais le juge n'a tenu compte que de ma créance, non de ma dette. Quand vous agirez, des intérêts pourront-ils vous être alloués pour le temps où les deux dettes ont coexisté? Non, si moi-même je n'en ai pas obtenu; oui, dans le cas contraire. Cette interprétation s'appuie sur certains mots du texte de Justinien qui ne me paraissent pas décisifs (*eas alii judicio reservent*); et quoiqu'elle contienne une doctrine fort équitable et peut-être exacte, elle répond mal au sens ordinaire des mots *ipso jure.*

Je termine par une observation essentielle. Nous savons que dans le droit de Justinien le demandeur lui-même peut être condamné. Si donc la créance du défendeur l'emporte sur sa dette, il n'aura pas besoin d'intenter une action pour obtenir l'excédent.

X. — De l'exception *rei judicatæ*.

Lib. IV, tit. XIII, *De exceptionibus*, § 5. — Item si judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest, sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari (Gaius, III, § 181).

De même, après avoir été poursuivi par une action, soit réelle, soit personnelle, vous restez néanmoins tenu, et en conséquence on peut encore selon le droit pur agir contre vous relativement au même objet, mais vous devez être secouru par l'exception *rei judicatæ*.

913. L'exception *rei judicatæ* a deux fonctions, l'une que les interprètes appellent négative, l'autre qu'ils appellent positive. Dans sa fonction négative qui est de beaucoup la plus pratique, elle sert à repousser une nouvelle demande formée entre les mêmes parties jouant les mêmes rôles et relativement au même objet. Cette fonction ne lui est pas spéciale : elle appartient aussi à l'exception *rei in judicium deductæ*. Il importe donc de faire exactement la part de l'une et de l'autre, et cela en nous plaçant en premier lieu dans le droit classique.

Et d'abord nous savons que pour faire échouer la seconde demande il n'y a besoin d'aucune exception, lorsque dans la première action se sont trouvées réunies les trois conditions moyennant lesquelles la *litis contestatio* produit *ipso jure* son effet extinctif (n° 766). Mais la réunion de ces conditions étant impossible en dehors de Rome ou de la banlieue de Rome (n° 774), le recours à l'une ou à l'autre de nos deux exceptions constitue le fait ordinaire. Maintenant, de deux choses l'une : ou la première action n'a point été jugée, et cela implique que l'instance est encore pendante ou déjà périmée : ici l'exception *rei in judicium deductæ* est évidemment seule possible ; ou, au contraire, la première action s'est dénouée par un jugement, et alors sans aucun doute l'exception *rei in judicium deductæ* continue de subsister, car le jugement n'a point effacé l'effet extinctif de la *litis contestatio ;* mais le défendeur peut aussi recourir à l'exception *rei judi-*

catœ, telle est du moins la règle générale qui se dégage de plusieurs textes de Gaius (III, § 181 ; IV, §§ 106 et 107). Toutefois une analyse attentive va nous montrer que l'exception *rei judicatœ* ne se justifie pas toujours et qu'il y a des cas où elle n'est point admissible. Distinguons deux ordres d'hypothèses : 1° la première action s'est terminée par une absolution. Le plus ordinairement, ce résultat tient à ce que le droit du demandeur n'existait pas ou n'était pas prouvé, et alors l'exception *rei judicatœ* n'est qu'une conséquence de l'autorité de la chose jugée. Toute l'argumentation du défendeur consiste, en effet, à soutenir que la décision déjà rendue est présumée vraie et que cette présomption ne peut être combattue d'aucune façon. Mais si nous supposons que l'absolution ait été déterminée par une *plus petitio*, par une des exceptions dilatoires que mentionne Gaius (IV, §§ 122 et 124), ou par tout autre moyen qui n'exclut ni l'existence ni même l'évidence du droit, l'exception *rei judicatœ* ne se comprend plus. Bien loin que la prétention du demandeur ait été jugée fausse ou mal fondée, c'est plutôt le contraire qui résulte du jugement, et la défense se réduit à dire qu'il a épuisé son droit par une première action. L'exception *rei in judicium deductœ* paraît donc seule fondée, et tel est bien, ce semble, le point de vue de Gaius (IV, § 123) ; 2° la première action s'est terminée par une condamnation. Ici l'exception *reijudicatœ* ne saurait s'expliquer, comme tout à l'heure, par l'autorité de la chose jugée. Car comment concevoir que le défendeur allègue une présomption de vérité qui lui est absolument contraire? Néanmoins, cette exception se justifie, au moins en règle générale, par cette idée que le demandeur est déjà satisfait, et qu'un même droit ne peut pas plus servir de cause à deux condamnations contre la même personne qu'à deux payements. Mais il y a une hypothèse particulière où ceci n'est plus vrai, et cette hypothèse offre d'autant plus d'importance que c'est à peu près la seule où un demandeur déjà nanti d'une condamnation puisse raisonnablement songer à en poursuivre une nouvelle. Il faut supposer que l'action déjà exercée était *incerta*, que la portée n'en a été limitée par aucune *prœscriptio* (n° 920), et que cependant le droit qui lui servait de base n'était pas tout entier exigible ou que le demandeur n'en connaissait pas toute l'étendue. Dans une telle situation, la condamnation prononcée ne correspond évidemment qu'à une partie du droit, et néanmoins nous savons que le demandeur ne peut pas agir pour le surplus (L. 2, C., *Si adv. rem jud.*, II, 27). Quel est donc l'obstacle qui paralyse sa nouvelle action? Ce n'est pas assuré-

ment l'exception *rei judicatæ* (1), puisque la question qu'il soulève n'a été ni tranchée ni même examinée par le juge. C'est donc l'exception *rei in judicium deductæ* (Cic., *De orat.*, I, 37).

En résumé, nous aboutissons à cette conclusion : Quand il s'agit de repousser une nouvelle demande, il y a des cas, et ce sont les plus nombreux, où l'on peut choisir entre les exceptions *rei in judicium deductæ* et *rei judicatæ ;* il y en a d'autres où l'exception *rei in judicium deductæ* est seule possible ; il n'y en a aucun où l'on soit forcé de recourir à l'exception *rei judicatæ*. Ces deux exceptions ont donc un large domaine qui leur est commun : l'exception *rei in judicium deductæ* a de plus un domaine restreint qui lui est propre, mais l'exception *rei judicatæ* n'en a pas.

Tout autres sont les résultats que nous offre le droit de Justinien. L'exception *rei in judicium deductæ*, jadis beaucoup plus importante que l'exception *rei judicatæ*, a presque disparu, tandis que celle-ci a gagné un terrain considérable. Rappelons-nous, en effet, que le droit porté en justice survit toujours à la *litis contestatio*, et que le jugement lui-même ne l'anéantit pas *ipso jure* (2) (n°s 785 et 786). La première conséquence qui résulte de ces changements, c'est qu'une nouvelle demande est toujours recevable *ipso jure* et ne peut jamais succomber que devant une exception. Mais quelle sera cette exception ? Je dois reproduire ici une distinction déjà faite tout à l'heure. Ou la première action n'a pas été jugée, et alors, si l'instance est périmée, la nouvelle action peut être intentée sans crainte ; si l'instance est encore pendante, l'exception *rei in judicium deductæ* demeure admise, comme fondée sur l'équité. Ou au contraire la première action s'est terminée par un jugement. Ici les textes que Justinien nous a transmis ne mentionnent plus que l'exception *rei judicatæ*, et je crois qu'en effet elle est désormais seule admise dans la pratique (3). Ce résultat n'a rien que de

(1) Il y a pourtant des textes en sens contraire (L. 46 § 5, *De adm. et per tut.*, XXVI, 7. — L. 2, C., *De jud.*, III, 1. — L. 4, C., *Dep.*, IV, 34). Mais ou ils commettent une confusion, ou ils ont été retouchés par Justinien, qui eût mieux fait de les supprimer.

(2) Remarquons ici le langage des Institutes (§ 5 *sup.*). *Nihilominus obligatio durat*, disent-elles, entendant par *obligatio* le droit réel comme le droit de créance. Cette façon de parler tient à ce que Justinien a copié un texte de Gaius (III, § 181) qui n'envisageait les effets de la *litis contestatio* que dans les actions personnelles.

(3) Cela paraîtra tout à fait probable si l'on compare entre eux les deux textes cités à la note précédente. Où Gaius donnait le choix entre les exceptions *rei judicatæ* et *rei in judicium deductæ*, Justinien autorise l'une et élimine l'autre.

naturel. Considérons d'abord les cas où jadis l'exception *rei in judicium deductæ* concourait avec l'exception *rei judicatæ* : ici elle n'a plus ni raison d'être ni utilité. Quant aux cas où elle était la seule ressource du défendeur soit absous, soit condamné, sans doute Justinien n'a point entendu la remplacer par l'exception *rei judicatæ*. Sa pensée est bien plutôt que rien n'empêche désormais la reproduction de l'action. C'est ce qu'il décide formellement dans l'hypothèse d'une absolution fondée sur une *plus petitio tempore* (n° 864), et j'étends cette décision à tous les cas où l'absolution du défendeur n'exclut pas le droit du demandeur (n° 902). Que si l'action étant *incerta*, la demande, telle qu'elle a été exposée et plaidée devant le juge, n'a réellement porté que sur une partie du droit, le surplus demeure intact. Décider en sens contraire, ce serait vouloir conserver à la *litis contestatio* l'effet extinctif que Justinien lui enlève (1).

Reste à envisager l'exception *rei judicatæ* dans sa fonction positive. Ici elle s'applique surtout dans les actions réelles, et c'est le demandeur qu'elle protège. Plaçons-nous dans l'hypothèse d'une revendication, et supposons que le demandeur ayant été jugé propriétaire, la chose lui ait été restituée de gré ou de force. Plus tard, le défendeur s'avise de revendiquer cette même chose contre celui-là même qui la lui a enlevée, de telle sorte que les rôles antérieurs se trouvent maintenant renversés. Que fera l'ancien demandeur devenu défendeur? Il opposera l'autorité du jugement qui l'a déclaré propriétaire (L. 40 § 2, *De proc.*, III, 3. — L. 15; L. 30 § 1, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2). Mais pour cela, l'exception *rei judicatæ* lui est absolument nécessaire. Elle ne saurait être rempla-

(1) J'ai constamment raisonné dans l'hypothèse d'une seconde action intentée par le même demandeur contre le même défendeur. Mais on sait qu'autrefois le *correus stipulandi* qui agissait éteignait le droit des autres, et qu'étant donné soit plusieurs *correi promittendi*, soit un débiteur principal et des fidéjusseurs, tous étaient libérés par la poursuite dirigée contre l'un d'eux. Supposons donc une seconde action exercée par l'un des créanciers ou contre l'un des obligés qui n'ont pas figuré dans la première : celle-ci eût-elle été suivie d'un jugement, c'est évidemment l'exception *rei in judicium deductæ* qui protège le défendeur, puisque l'on ne recherche ni quelle a été la décision du juge, ni sur quel motif elle repose. Ici encore, cette exception nous apparaît donc plus large que l'exception *rei judicatæ*. Mais dans le droit de Justinien elle a presque entièrement perdu cet ordre d'applications. Toutefois on peut soutenir qu'elle existe encore dans l'hypothèse de deux *correi stipulandi* (T. II, page 326, note 2). J'ajoute que sous Justinien la chose jugée en faveur d'un *correus promittendi*, du débiteur principal ou d'un fidéjusseur, fournit à tous les autres obligés l'exception *rei judicatæ*, et tel était déjà le droit antérieur dans les cas exceptionnels où la poursuite dirigée contre un seul ne suffisait pas à les libérer tous (T. II, page 364, note 2).

cée par l'exception *rei in judicium deductæ*. Ce qui le prouve bien, c'est que si la précédente action n'eût abouti qu'à une péremption d'instance, l'action aujourd'hui intentée ne pourrait pas être repoussée sous prétexte que le demandeur actuel exercerait un droit déjà épuisé. Il n'y a en effet que le droit de son adversaire qui ait été antérieurement déduit en justice. L'exception *rei in judicium deductæ* n'a donc pas la fonction positive de l'exception *rei judicatæ*, et en conséquence le droit de Justinien reste ici entièrement conforme au droit antérieur.

914. L'exception *rei judicatæ* est subordonnée à une condition générale que les Romains appellent *eadem res* (LL. 5, 14 pr., 22, 27, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2), c'est-à-dire que l'affaire aujourd'hui portée en justice doit être exactement la même que celle qui y a déjà été portée une première fois. Mais cette condition elle-même se décompose : elle implique identité de question et identité de personnes (L. 3; L. 7 § 5, *De exc. rei jud.*); en termes plus clairs, il faut que le nouveau procès soulève une question déjà jugée et jugée entre les mêmes parties. La nécessité de la première condition est évidente : si la question aujourd'hui soulevée diffère de celle qui a déjà été tranchée, il n'y a pas *res judicata*. Quant à la seconde condition, elle n'est que l'application d'une règle fondée sur l'équité et que nous retrouvons dans toutes les parties du droit. C'est qu'un acte ne peut ni profiter ni nuire aux personnes qui y sont restées étrangères (C., *Int. al. act. vel jud.*, VII, 60). Avant d'entrer dans de plus amples développements, je ferai remarquer que le moyen tiré de l'effet extinctif de la *litis contestatio*, soit qu'il consiste en l'exception *rei in judicium deductæ* ou en une défense tirée du fond, ne vaut que moyennant des conditions exactement semblables : si les textes que nous possédons ne les posent qu'à l'occasion de l'exception *rei judicatæ*, cela s'explique aisément par le dernier état de la législation, où la litis *contestatio* ne consomme plus le droit et où l'exception *rei in judicium deductæ* a perdu presque toute sa portée.

De l'identité de question. — Pour savoir si cette condition est remplie, il faut mettre les conclusions actuelles du demandeur en regard du jugement déjà rendu. Si le nouveau juge ne peut que répéter ou contredire la décision du précédent, c'est que la question est la même et l'exception est fondée; dans le cas contraire, elle ne l'est pas. Ainsi, après avoir succombé sur un interdit possessoire, je revendique; ou bien, après avoir revendiqué inutilement parce que je ne prouvais pas mon droit de propriété, j'intente la publicienne : dans

l'un ou l'autre cas, la question que je soulève n'est pas la question déjà jugée; car je puis avoir la propriété sans avoir la possession, comme je puis n'être pas propriétaire et avoir commencé à usucaper (L. 14 § 3, *De exc. rei jud.* — L. 39 § 1, *De evict.*, XXI, 2). De même et plus évidemment encore, ce sont deux questions fort différentes que de savoir si je suis propriétaire ou créancier de telle chose : l'insuccès d'une revendication ne fait donc point obstacle à la *condictio* (L. 31, *De exc. rei jud.*). Voici quelques hypothèses un peu plus compliquées : 1° un créancier hypothécaire agit contre un autre créancier hypothécaire et obtient le délaissement de la chose. Le créancier vaincu pourra-t-il à son tour agir contre celui qui l'a évincé? Je distingue : si, dans la première instance, il a vainement opposé l'exception fondée sur son droit de priorité, la question est déjà jugée; si au contraire il ne s'est pas prévalu de ce droit, la question est entière; car il ne nie pas le droit hypothécaire de son adversaire en prétendant avoir lui-même une hypothèque préférable (L. 19, *De exc. rei jud.*) ; 2° j'ai revendiqué une chose déterminée ou une hérédité, et le défendeur a été absous. Si j'agis une seconde fois, pourra-t-on dire dans tous les cas que je méconnais la chose jugée? Ici encore une distinction est nécessaire : il faut savoir pourquoi le défendeur a été absous. Si c'est parce que mon droit de propriété n'était pas prouvé, évidemment le nouveau procès soulève une question déjà tranchée; si au contraire c'est seulement parce qu'il ne possédait pas, je puis sans difficulté prétendre qu'il possède aujourd'hui, et le jugement qui me donnera gain de cause ne contredira en aucune façon celui qui m'a précédemment débouté (L. 9 pr.; L. 17, *De exc. rei jud.*)(1); 3° Titius ayant revendiqué un fonds contre moi, puis-je à mon tour revendiquer ce même fonds contre Titius? Pour le cas où j'ai succombé, la négative est évidente, nous l'avons déjà vu (n° 913 *in fine*); car en déclarant que la propriété appartient à Titius, le juge a manifestement reconnu qu'elle ne m'appartenait pas. Mais si j'ai été absous, il faut, comme tout à l'heure, rechercher à quoi tient cette absolution. L'ai-je due simplement à ce que je ne possédais pas, mais Titius a-t-il établi son droit de propriété, ma prétention contredit le jugement rendu. Au contraire ai-je été absous parce que Titius n'a pas prouvé son droit, mon action est rece-

(1) L'action *ad exhibendum* donne lieu à une distinction semblable (L. 19, *De exc. rei jud.* — L. 8, pr., *Rat. rem hab.*, XLVI, 8).

vable : tout ce qui est jugé, c'est que mon adversaire n'est pas propriétaire, mais cela laisse intacte la question de savoir si moi-même je le suis ou ne le suis pas (L. 15 ; L. 30 § 1, *De exc. rei jud.*).

Au surplus, j'ai raisonné jusqu'à présent en me plaçant dans l'hypothèse la plus ordinaire, j'ai supposé que là où il y a identité de question la seconde action est la même que la première, mais cette supposition n'est pas nécessaire. Deux actions différentes peuvent soulever la même question. Ainsi, après avoir échoué dans une pétition d'hérédité ou dans une revendication, je veux agir en partage contre mon adversaire. Comme le droit de partager suppose la copropriété, la question se trouve jugée d'avance, et notre exception est fondée. Elle le serait pareillement si je voulais obtenir par la *rei vindicatio* ce que je n'ai pas pu obtenir par la pétition d'hérédité, ou réciproquement (LL. 3, 5 et 8, *De exc. rei jud.*).

915. Certains textes, poussant l'analyse plus loin que je ne viens de le faire et peut-être compliquant la matière au lieu de la simplifier, décomposent la condition d'identité de question. Ils exigent identité d'objet et identité de cause (LL. 12, 13, 14 pr., *De exc. rei jud.*).

Il y a identité d'objet non seulement lorsque la seconde demande porte sur le même corps certain que la première, mais aussi lorsqu'elle porte sur le même être collectif, sur la même quantité ou sur le même droit. Et peu importent les modifications que la chose a pu subir pendant l'intervalle des deux demandes. Ainsi le troupeau que j'ai une première fois revendiqué peut comprendre aujourd'hui quelques têtes de plus ou de moins, il peut même être entièrement renouvelé, néanmoins il est réputé le même, et si je le revendique une seconde fois, je me heurte à l'exception *rei judicatæ* (L. 21 § 1, *De exc. rei jud.*). Du reste peu importe que l'objet de la nouvelle demande formât l'objet exclusif de la précédente ou n'en fût qu'une partie. L'essentiel est toujours de rechercher si le premier juge n'a pas déjà statué sur les conclusions actuelles, soit directement, soit par voie de conséquence (1).

(1) C'est là, en ce qui concerne l'exception *rei judicatæ*, toute la signification que j'attache à un principe qu'Ulpien pose en ces termes : *pars in toto est* (L. 7 pr., *De exc. rei jud.*). A mes yeux, ce principe se rapportait surtout à l'exception *rei in judicium deductæ*, et là il était l'expression exacte de certaines rigueurs propres à la procédure formulaire et qui ont disparu sous Justinien. — Pour en mesurer toute la portée, distinguons deux ordres d'hypothèses : 1° Soit une action *incerta*. — Nous savons déjà que si le juge n'a statué que sur une partie du droit, le surplus ne peut donner lieu à aucune nouvelle action. Le demandeur serait arrêté, non par l'exception *rei judicatæ*, mais par l'exception *rei in judicium deductæ* (T. II,

L'application de cette idée est quelquefois délicate. Ainsi les arbres qui font corps avec le sol en sont une partie, et une fois tombés ou arrachés ne peuvent être revendiqués par celui qui a succombé dans la revendication du sol. De même qui revendique une maison est réputé revendiquer le terrain sur lequel elle est construite : *pars insulæ area est*, dit Paul (L. 98 § 8, *De sol.*, XLVI, 3. — L. 7 pr., *De exc. rei jud.*). Mais, en sens inverse, nous avons vu que les matériaux qui la composent ne se confondent pas avec elle (nº 257), et par conséquent celui qui n'a pas réussi dans la revendication de la maison peut, quand elle est démolie, se dire propriétaire des matériaux (L. 7 § 2, *De exc. rei jud.*) (1).

Sur l'identité de cause, il n'y a pas de difficulté quand l'action est personnelle. Ainsi ce que j'ai déjà demandé *ex testamento*, je ne puis pas le redemander en vertu du même testament ; mais une seconde demande n'a point à craindre l'exception *rei judicatæ*, si je la fonde sur un autre testament, sur une stipulation, sur un achat, etc., et cela parce qu'une même chose peut nous être due plusieurs fois à des titres divers. Quant aux actions réelles, comment comprendre qu'une seconde demande relative au même objet ne soit pas fondée sur la même cause que la première ? Nous savons, en effet, que l'on n'est jamais propriétaire qu'à un seul titre, et qu'une seule revendication

p. 1243, *in fine*). On lui opposerait que l'objet de sa seconde demande n'est qu'une partie de la première; 2º soit une action *certa*. — Ici le principe signifie qu'après avoir succombé dans la demande d'un corps certain, d'une quantité ou d'un droit, on ne peut plus agir à l'effet d'obtenir une partie de ce corps certain, de cette quantité ou de ce droit. Si donc ayant inutilement revendiqué un fonds, je veux plus tard en revendiquer une simple part divise ou indivise, la règle *pars in toto est* fera obstacle à mon action (L. 7 pr., *De exc. rei jud.*). Et pourtant de ce que le fonds n'est pas mien pour le tout, on ne peut pas absolument conclure que la propriété de telle quote-part ou de telle région déterminée ne m'appartient pas. Mais si elle m'appartient effectivement, je n'ai pas pu agir pour le tout sans commettre une *plus petitio*, et par conséquent sans déduire *in judicium* le droit moindre que je veux faire valoir aujourd'hui. Ce droit est donc épuisé, quoique peut-être son existence n'ait rien d'incompatible avec le jugement rendu. — Je conclus de ces observations que les compilateurs des Pandectes n'ont pas suffisamment choisi parmi les conséquences que les anciens jurisconsultes tiraient du principe *pars in toto est*, et pour dire tout ce que je pense, ils eussent mieux fait de l'écarter absolument, parce que le changement apporté aux effets de la *litis contestatio* le rendait inutile et plus propre à engendrer des difficultés qu'à en résoudre.

(1) Sur ce dernier point, le *principium* de la loi que je cite est en contradiction avec le § 2. On a fait observer, avec beaucoup de vraisemblance, que la distribution et la ponctuation du texte doivent être changées. Il faut admettre que les dernières lignes du *principium*, à partir des mots *item si quis fundum*, appartiennent au § 1, et alors, au lieu de donner une décision, elles posent une question. Grâce à cette modification, toute contradiction disparaît.

déduit *in judicium* toutes les causes qui nous font acquérir la propriété, de telle sorte que si dans une première action j'ai vainement cherché à démontrer que j'étais propriétaire à titre d'héritier, je ne pourrai pas en intenter une seconde pour prouver que ma propriété dérive d'une tradition. La réponse à la question posée est assez simple. Il y a deux cas où la seconde demande ne sera pas fondée sur la même cause que la première, savoir lorsque j'alléguerai un droit de propriété acquis depuis que cette première demande a été intentée, et lorsque la cause sur laquelle je fonde aujourd'hui mon droit aura été soustraite à l'examen du précédent juge par l'effet d'une *præscriptio* (T. II, page 865, texte et note 1).

916. *De l'identité de parties.* — Pour faire ressortir toute la portée de cette condition, supposons que les deux procès ont en fait la même origine et auraient pu dans d'autres circonstances n'en faire qu'un seul. Soit, par exemple, deux héritiers qui, à ce titre et en vertu de la même cause, agissent successivement contre la même personne. Si l'on veut, ils revendiquent chacun leur part d'un objet qu'ils disent avoir appartenu au défunt. Évidemment tous les deux ont tort, ou tous les deux ont raison. Cependant ce qui sera jugé à l'égard de l'un ne sera pas réputé jugé à l'égard de l'autre. La qualité de propriétaire pourra être reconnue à celui-ci, non à celui-là (L. 63, *De re jud.*, XLII, 1. — LL. 22 et 29 pr., *De exc. rei jud.* — L. 3, C., *Int. al. act.*, VII, 60). Sans doute une telle contradiction accuse hautement l'erreur de l'un des juges. Mais en fait, les deux jugements peuvent sans difficulté s'exécuter l'un et l'autre, et, si bizarre que soit le résultat, la raison veut qu'on l'accepte ; autrement il faudrait choisir entre deux iniquités : ou relever l'un des cohéritiers de son échec ou enlever à l'autre le bénéfice de son succès.

Le point essentiel à comprendre en cette matière, c'est que l'identité de parties ne se confond pas avec l'identité de personnes physiques. Paul nous en avertit en exigeant non pas *eædem personæ*, mais *eadem conditio personarum* (L. 14, *De exc. rei jud.*). D'une part donc l'exception *rei judicatæ* ne peut pas toujours être opposée à celui ou par celui qui a figuré en personne dans le premier procès. Ainsi j'ai d'abord plaidé comme tuteur, c'est-à-dire au nom de mon pupille, et plus tard sur la même question et contre le même adversaire je veux plaider en mon propre nom ; l'exception *rei judicatæ* ne sera point admise dans une telle espèce, parce que je ne me présente pas en la même qualité que précédemment. De même si j'ai agi en

votre nom comme simple gérant d'affaires, et qu'ayant refusé de ratifier le résultat du procès vous me donniez mandat d'intenter de nouveau la même action, je ne serai pas repoussé par l'exception *rei judicatæ*, attendu que dans l'espèce elle ne compète pas contre vous (L. 25 § 2, *De exc. rei jud.*). En sens inverse, et ce second point de vue demande à être particulièrement développé, il arrive assez souvent que l'on considère comme ayant été partie au procès quelqu'un qui n'y a pas figuré en personne. Les principales hypothèses où ce résultat se rencontre ou peut se rencontrer sont au nombre de trois : 1° un tiers plaide au nom d'autrui. S'il est investi d'un mandat régulier ou d'un pouvoir légal, il représente le véritable intéressé; la demande ultérieure qui serait formée par celui-ci ou contre lui échouerait donc devant l'exception *rei judicatæ*. Si au contraire le tiers n'était qu'un gérant d'affaires, la chose jugée peut bien profiter au véritable intéressé, mais ne peut pas lui nuire (L. 11 § 7; L. 25 § 2, *De exc. rei jud.*, n° 931 *in fine*); 2° ses héritiers et autres successeurs universels sont toujours réputés avoir été représentés par leur auteur; 3° ce qui est le droit commun à l'égard des successeurs universels ne s'applique-t-il pas, dans une certaine mesure, aux successeurs à titre particulier? La question a besoin d'être bien précisée. Supposons que j'aliène en tout ou en partie le droit que je prétends avoir et qui, si l'on veut, m'appartient très réellement. Il s'agit de savoir si le jugement intervenu sur ce droit entre un tiers et moi doit profiter ou nuire à mon acquéreur. Plaçons-nous, avec Papinien et Ulpien, dans l'hypothèse particulière d'une constitution d'hypothèque (L. 3 pr. et § 1, *De pign. et hyp.*, XX, 1. — L. 11 § 10, *De exc. rei jud.*). Si le constituant triomphe dans son action en revendication, le jugement qu'il obtient assure dans tous les cas le droit du créancier hypothécaire. Si au contraire la revendication du constituant échoue faute de preuves ou même par l'injustice du juge, l'exception *rei judicatæ* ne sera pas toujours admise contre le créancier, mais on fera une distinction : l'hypothèque a-t-elle été constituée avant que l'action en revendication fût intentée, le créancier n'aura point à craindre l'exception *rei judicatæ*; il pourra donc exercer l'action quasi-servienne contre le possesseur, et s'il prouve qu'au moment de la convention d'hypothèque le constituant était propriétaire, il triomphera. Au contraire, l'hypothèque a-t-elle été constituée postérieurement à l'engagement de l'instance sur la revendication, l'exception *rei judicatæ* fera obstacle à l'action quasi-servienne, et cela encore que, par hypothèse, la chose n'appartienne

pas au possesseur et qu'en conséquence celui-ci ne soit point en mesure d'intenter, s'il en avait besoin, une revendication efficace. La même distinction doit être appliquée aux acquéreurs de la propriété elle-même. Si leur acquisition est antérieure à la revendication où leur auteur a échoué, ils sont réputés des tiers et leurs droits restent intacts ; si, contraire, elle est postérieure, ils sont ses ayant-cause, et ce qui est jugé contre lui est jugé contre eux (L. 11 §§ 3 et 9; L. 28, *De exc. rei jud.*)(1). Au surplus, on remarquera que si les successeurs particuliers profitent toujours et souffrent parfois des jugements où leur auteur a figuré, la réciproque n'est pas vraie; je veux dire que la chose jugée à l'égard d'un successeur particulier est toujours *res inter alios acta* par rapport à son auteur (L. 9 § 2; L. 10, *De exc. rei jud.*) (2).

Des explications qui précèdent il résulte que l'autorité de la chose jugée est purement relative. Si donc nous trouvons au Digeste (L. 207, *De reg. jur.*, L, 17) cette proposition *res judicata pro veritate habetur*, nous devons, pour lui donner un sens exact, la restreindre par les mots *inter partes* (3).

XI. — De l'exception *quod facere potest.*

Lib. IV, tit. vi, *De actionibus*, § 38. — Sed e si quis cum parente suo patronove agat, item si socius cum socio judicio societatis agat, non plus actor consequitur quam adversarius ejus facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur.

De même, celui qui agit contre son ascendant ou son patron, ou qui poursuit un associé par l'action de société, n'obtient condamnation que jusqu'à concurrence des moyens de son adversaire. Même décision lorsque le défendeur est poursuivi comme donateur.

§ 40. — Eum quoque qui credito-

Pareillement, le débiteur qui a

(1) Les principes qui viennent d'être posés comportent certaines restrictions. Ainsi, un créancier hypothécaire est avisé que le constituant revendique, cela suffit pour que l'exception *rei judicatæ* puisse lui être opposée (L. 29 § 1, *De exc. rei jud.*), ce que j'explique par la faculté qu'il a de surveiller la marche et l'issue du procès, et, s'il y a lieu, d'intervenir en appel ou d'appeler lui-même (L. 4 §§ 2 et 4, *De app.*, XLIX, 1). Même décision à l'égard d'un acquéreur qui laisse plaider son auteur, car il peut plaider lui-même (L. 63, *De re jud.*, XLII, 1).

(2) Par exception, le propriétaire qui laisse le créancier hypothécaire plaider *de proprietate pignoris*, au lieu de prendre lui-même la direction de l'affaire, peut se voir opposer l'exception *rei judicatæ* (L. 63, *De re jud.*).

(3) Je rappelle toutefois qu'il y a des cas exceptionnels où cette restriction disparaît (nº 356, *in fine*; nº 798, *in fine*).

ribus suis bonis cessit, si postea aliquid acquisierit quod idoneum emolumentum habeat, ex integro, in id quod facere potest, creditores cum eo experiuntur; inhumanum *enim erat spoliatum fortunis suis in* solidum damnari.

cédé ses biens à ses créanciers, et qui plus tard, ayant fait des acquisitions d'une importance suffisante, est poursuivi de *nouveau*, ne peut être condamné que dans la mesure de ses moyens; car l'humanité ne permettait pas qu'une personne dépouillée de ses biens fût condamnée pour le tout.

917. En principe l'étendue des condamnations judiciaires se mesure au droit du demandeur, et non pas aux moyens du défendeur. Par dérogation à cette règle, on accorde à certaines personnes de n'être condamnées que jusqu'à concurrence de leur avoir, et par conséquent d'échapper à toute condamnation si elles n'ont absolument rien. Comme l'insolvabilité n'est pas une cause de libération, il y a là une faveur évidente, ce que quelques textes appellent un bénéfice (L. 63 § 1, *Pro soc.*, XVII, 2. — L. 13, *Sol. matr.*, XXIV, 3) (1). Elle a pour but de soustraire le défendeur à l'emprisonnement que lui ferait encourir une condamnation qu'il ne pourrait pas exécuter. Quant au moyen de procédure employé pour la faire valoir, ce devait être une exception, puisque le défendeur, tout en cherchant à écarter ou à restreindre la condamnation, ne nie pas le droit de son adversaire. Cette donnée toute théorique est confirmée par plusieurs textes, et l'exception dont il s'agit s'appelle *quod facere potest* (L. 63 § 1, *Pro soc.* — L. 17 § 1, *Sol. matr.* — L. 41 pr., *De re jud.*, XLII, 1. — L. 7 pr., *De exc.*, XLIV, 1. — L. 33, *De nov.*, XLVI, 2).

Voici d'abord la liste des personnes auxquelles notre exception paraît avoir été accordée :

1° Le patron poursuivi par son affranchi (§ 38 *sup.*). — Nous n'avons ici qu'une des nombreuses conséquences de la *reverentia* que, dans l'espèce, le demandeur doit au défendeur. Notons toutefois qu'au patron l'on assimile ses descendants et ascendants (L. 17, *De re jud.*).

2° L'ascendant poursuivi par son descendant (§ 38 *sup.* — L. 16, *De re jud.*). — Le motif est le même dans cette hypothèse que dans la précédente. Seulement l'exception ne se conçoit qu'autant que le descendant est capable d'agir en justice, par conséquent *sui juris* ou propriétaire d'un pécule *castrense*.

(1) *Bénéfice de compétence*, disent les interprètes. Mais ce langage n'est ni latin ni français, et n'a pas même le mérite de la clarté.

3° L'associé poursuivi par l'action *pro socio* (§ 38 *sup.*). — Un texte d'Ulpien (L. 16, *De re jud.*) restreint le bénéfice de notre exception aux associés à titre universel ; mais un autre texte du même jurisconsulte (L. 63 pr., *Pro soc.*) le donne à tous, et cela par une conséquence du *jus fraternitatis* que les Romains considèrent comme inhérent à toute société. Il est probable que cette dernière doctrine n'avait point été admise à l'origine (T. II, page 508, note 2), mais qu'elle prévalut, et c'est pourquoi les textes en général ne distinguent pas (1).

4° Le mari poursuivi par sa femme. — L'exception ne fut d'abord admise que dans l'action *rei uxoriæ*, et ce cas est encore le seul que les Institutes mentionnent (§ 37, *De act.*), sans doute parce qu'il est de beaucoup le plus pratique de tous. Les textes justifient la faveur accordée au mari par les égards (*reverentia* ou *honor*) que la femme lui doit (L. 14 § 1, *Sol. matr.* — L. unic. § 7, C., *De rei ux. act.*, V, 13) (2). Mais ce motif même devait conduire à une solution plus large, et, en effet, Antonin le Pieux décida que le mari jouirait de notre exception dans toute action contractuelle (L. 20, *De re jud.*). Mais il ne s'agit ici que de contrats faits pendant le mariage. Les actions nées d'un contrat postérieur demeurent certainement soumises au droit commun (L. 35 pr., *De neg. gest.*, III, 5), et je pense que cela est également vrai des actions fondées sur un contrat antérieur, ou bien l'on ne comprendrait pas que Justinien présentât l'exception *quod facere potest* comme exclue dans l'action *ex stipulatu de dote* (L. unic. § 7, C., *De rei ux. act.*) (3). Au surplus, en ce qui concerne l'action *rei uxoriæ*, l'on assimile au mari son père et les enfants issus du mariage (L. 15 § 2 ; L. 16 ; L. 18 pr., *Sol. matr.*).

(1) Supposons, comme cela est possible, que des obligations qui se rattachent au contrat de société soient soumises au juge de l'action *communi dividundo*. L'exception *quod facere potest* va-t-elle perdre son application ? Je le pense d'autant moins que l'action *communi dividundo* est de bonne foi. Mais la question est peu pratique sans doute, attendu que d'ordinaire les droits d'un copartageant excèdent les obligations dont il est tenu à ce titre, et par conséquent suffisent à en assurer la pleine exécution. De là peut-être le silence des textes.

(2) A l'origine, il y eut sans doute un autre motif beaucoup plus spécial et qui nous explique pourquoi l'exception *quod facere potest* fut si longtemps refusée au mari en dehors de l'action *rei uxoriæ*. Il faut nous rappeler que cette action n'exista pas toujours. Quand on la créa, on jugea que le mari, désormais obligé de rendre ce qu'il gardait autrefois, était par cela même assez sévèrement traité; on ne voulut pas que cette obligation nouvelle pût aboutir à le priver de sa liberté.

(3) Si la dot n'avait été constituée et la restitution stipulée qu'après le mariage contracté, je ne doute pas que l'exception serait donnée au mari. Mais cette hypothèse est rare.

5° La femme poursuivie par son mari. — On suivit ici une marche analogue à celle qui vient d'être décrite. L'exception commença par être accordée dans le cas où l'action tendait à faire exécuter une promesse de dot (L. 17 § 1, *Sol. matr.*). Puis, après le rescrit d'Antonin le Pieux, elle fut admise, par réciprocité, dans toute action contractuelle née pendant le mariage (L. 20, *De re jud.*). Dès lors, les époux furent traités comme des associés ; et ainsi se justifie, dans le dernier état du droit, la faveur dont l'un et l'autre jouissent (L. 52, *De re jud.*). J'ajoute que l'exception *quod facere potest* est également donnée au père de la femme, lorsque c'est lui qui a fait la promesse de dot et que l'exécution lui en est demandée pendant le mariage (L. 22 pr., *De re jud.*) (1).

6° Le donateur poursuivi par le donataire (§ 38 *sup.*). — Ici notre exception fut introduite par un rescrit d'Antonin le Pieux (L. 33, *De jur. dot.*, XXII, 3. — L. 12, *De don.*, XXXIX, 5. — L. 28, *De reg. jur.*, L, 17), et elle se fonde sur la reconnaissance que le donataire doit au donateur (2).

7° Celui qui, émancipé, exhérédé, ou s'étant abstenu de l'hérédité paternelle, est poursuivi pour des obligations contractées soit spontanément, soit par ordre de son père, alors qu'il était encore *in potestate.* — Cette disposition dérive probablement de l'édit prétorien (L. 2 pr., *Quod cum eo qui in al. pot.*, XIV, 5), et elle se justifie par cette considération que le débiteur, en devenant *sui juris*, n'a point succédé au patrimoine de son père. Ce motif même exigeait que l'on s'écartât parfois de la lettre de l'édit. Un pouvoir d'appréciation est donc laissé au magistrat. Ainsi l'exception sera refusée à l'enfant qui, exhérédé, aura recueilli l'hérédité paternelle sous forme de fidéicommis, et, à l'inverse, elle sera donnée à celui qui n'aura fait adition de cette hérédité que par force, pour la restituer à un fidéicommissaire, ou qui n'aura été institué que pour une part très faible (L. 2 § 1 ; L. 5 §§ 1 et 2, *Quod cum eo qui in al. pot.*). On peut se demander pourquoi la même protection n'était point ac-

(1) Ce texte en rectifie deux autres, dont l'un semble accorder l'exception au père de la femme, sans distinguer à quelle époque il est poursuivi, et l'autre la lui refuser toujours (L. 17 pr., *Sol. mat.* — L. 21, *De re jud.*).

(2) Supposons que je veuille donner cent sous d'or à Titius, et que celui-ci, voulant de son côté vous donner la même somme, je vous la promette par son ordre. Poursuivi par vous, je ne vous opposerai pas l'exception *quod facere potest* (L. 33 § 3, *De donat.* — L. 41 pr., *De re jud.*). Sans doute je suis donateur et vous êtes donataire ; mais ce n'est pas à vous que j'ai donné, et ce n'est pas de moi que vous avez reçu. Comme le disent les Institutes (§ 38 *sup.*), notre exception ne protège que le donateur poursuivi *ex sua donatione*.

cordée aux fils de famille encore placés sous la puissance paternelle. Cela tient sans doute à ce qu'elle eût rendu leurs obligations peu sérieuses. Quoi qu'il en soit à cet égard, elle devait, même ainsi restreinte, avoir pour résultat de limiter considérablement leur crédit.

8° Le débiteur qui a cédé ses biens à ses créanciers. — Une confusion doit être évitée ici. Tant que ce débiteur ne fait pas d'acquisitions nouvelles, l'exception *nisi bonis cesserit* le protège contre toute poursuite, et il n'a pas besoin de l'exception *quod facere potest*. Au contraire, le jour où il acquiert des biens de quelque importance, ses créanciers recouvrent le droit d'agir, mais ils ne peuvent le faire condamner que jusqu'à concurrence de ses moyens (§ 40 *sup*. — L. 4 pr., *De bon. cess.*, XLII, 3) (1). L'humanité et la logique l'exigeaient ainsi; autrement on l'eût exposé à perdre le bénéfice attaché à la *bonorum cessio*, je veux dire la liberté de sa personne.

9° Les militaires (L. 6 pr.; L. 18, *De re jud.*). — Il y a ici un motif d'ordre public. L'intérêt du service militaire passe avant l'intérêt des créanciers, et ne permet pas que le soldat soit exposé à l'emprisonnement pour dettes.

L'exception *quod facere potest* n'est jamais admise dans les actions *ex delicto* : elle est essentiellement limitée aux actions contractuelles; et là même elle implique que le débiteur n'a pas commis de dol se rattachant à la formation ou à l'exécution du contrat et qu'il se reconnaît la qualité en laquelle cette exception lui est accordée, par exemple la qualité d'associé (L. 4 §§ 2 et 3, *Quod cum eo qui in al. pot.* — L. 67 § 3, *Pro soc.* — L. 18 § 1, *Sol. matr.* — L. 22 § 1; L. 52, *De re jud.*) (2).

918. Comment s'apprécie le *quod facere potest?* Nous rencontrons ici des règles tout à fait analogues à celle que l'on suit dans l'appréciation du pécule. Les voici :

(1) Pour comprendre que dans l'espèce les créanciers aient besoin d'exercer une action au lieu de saisir tout droit les biens nouvellement acquis par leur débiteur, il faut admettre que la *missio in possessionem* qui suit la cession et précède la vente ne s'applique qu'aux biens actuels et non aux biens futurs. A cet égard, celui qui fait la *bonorum cessio* serait mieux traité que le *fraudator*, dont les acquisitions ultérieures peuvent être saisies et vendues sans jugement préalable (voy. plus loin, page 1274, note 2).

(2) Notre exception est-elle admise dans les actions réelles, par exemple dans une revendication? Il y a deux cas où la question ne peut pas se poser, savoir lorsque le défendeur est en mesure de restituer, et lorsqu'il a perdu la possession par dol, soit avant la *litis contestatio*, soit depuis (L. 41 § 1, *De re jud.*). Reste donc à supposer que dans le cours de l'instance il ait perdu la possession par

1° C'est au jour du jugement, et non pas au jour de la *litis contestatio*, que le juge doit se placer pour déterminer la fortune du débiteur (L. 63 § 6, *Pro soc.*). Si, en effet, on négligeait les variations qu'elle a pu subir dans cet intervalle, la condamnation serait parfois trop forte ou trop faible, et l'exception n'atteindrait pas son but.

2° A l'avoir réel du débiteur, c'est-à-dire à l'estimation de ses droits de propriété et de créance (1), on ajoute le montant des valeurs dont il s'est appauvri par dol (L. 63 pr. et § 7; L. 68 § 1, *Pro. soc.*) (2).

3° L'actif se calcule sans déduction des dettes (L. 16, *De re jud.*). Quel serait, en effet, le résultat d'une telle déduction? Ce n'est pas le débiteur qui en profiterait. Le demandeur y perdrait simplement le bénéfice de sa diligence, et le gage des autres créanciers se trouverait augmenté sans raison. Toutefois ce troisième principe comporte quelques exceptions que je vais signaler dans l'ordre de leur importance: 1° dans tous les cas, on déduit les dettes déjà sanctionnées par une condamnation. C'est la conclusion que je tire d'un rapprochement que Paul établit entre notre hypothèse et celle de l'action *de peculio* (L. 19 pr., *De re jud.*). Dans l'une et dans l'autre, il reconnaît le droit du premier occupant (3). Or, le premier occupant, nous l'avons vu, c'est celui qui le premier obtient une condamnation (T. II, page 1184); 2° lorsque c'est un donateur qui est poursuivi par son donataire, on renverse absolument la règle, et l'on admet la déduction de toutes les dettes qui n'ont pas elles-mêmes leur cause dans une donation (L. 19 § 1, *De re jud.*). A l'appui de cette doctrine, Paul (L. 49, *De re jud.*) fait remarquer que le donateur n'est pas tenu d'une véritable dette, c'est-à-dire plus exactement n'est pas débiteur dans les conditions ordinaires. A ce motif on peut en ajouter un autre : c'est que les créanciers qui ont fourni quelque chose pour acquérir leur créance ne doivent pas souffrir des libé-

l'effet d'une simple faute. Mais un tel cas n'aura guère été prévu au moment de la *litis contestatio*, et en fait par conséquent l'exception ne figurera pas dans la formule. Je suis disposé à croire qu'en pareille hypothèse elle sera accordée contre l'action *judicati*.

(1) On ne tient pas compte des créances conditionnelles (L. 28, *Sol. matr.*).

(2) Le dol dont il s'agit ici ne doit pas être confondu avec celui qui entraîne le refus de notre exception.

(3) En donnant la préférence au premier occupant, la loi 19 pr., *De re jud.*, suppose que l'exception *quod facere potest* peut lui être opposée. Mais, dans le cas contraire, le droit du premier occupant paraît encore plus évident. Ce droit se justifie d'ailleurs par une excellente raison. C'est qu'étant donné plusieurs condamnations successives, la première devient forcément exigible avant la seconde, la seconde avant la troisième, et ainsi de suite, de sorte qu'en réalité chaque condamnation prononcée épuise d'autant l'actif du débiteur.

ralités de leur débiteur. Nous retrouvons donc ici une application de l'idée qui fit d'une manière générale attribuer la préférence aux créanciers héréditaires sur les légataires. Au surplus, entre plusieurs donataires de la même personne, le droit commun reprend son empire, et la préférence appartient au premier occupant (L. 12, *De donat.*); 3° dans le cas particulier où l'exception tient à ce que le défendeur, fils de famille au jour où il s'obligeait, est devenu *sui juris* sans acquérir les biens de son père, on déduit les dettes qu'il a contractées depuis la dissolution de la puissance paternelle, et parmi ses dettes antérieures, celles auxquelles est attachée la garantie d'un privilège (L. 3, *Quod cum eo qui in al. pot.*) (1); 4° dans l'action *pro socio* on déduit les dettes contractées dans l'intérêt de la société elle-même (L. 63 § 3, *Pro soc.*). Par exemple le défendeur a emprunté 20 sous d'or en vue d'une opération utile à la société. S'il les avait payés, le demandeur devrait les lui rembourser jusqu'à concurrence de sa propre part. C'est cette part que l'on déduit, et en cela on ne fait qu'appliquer le principe en vertu duquel le juge de l'action de bonne foi doit compenser les obligations réciproque nées *ex eadem causa*.

919. Sur les effets de l'exception *quod facere potest*, deux points doivent fixer un instant notre attention.

1° Si la condamnation n'excède jamais l'actif brut du débiteur, elle peut très bien l'épuiser. Toutefois à cette règle on déroge dans deux hypothèses : 1° nous savons que la cession de biens faite par le débiteur le soustrait aux poursuites de ses créanciers jusqu'à ce qu'il ait réalisé quelque acquisition présentant une importance sérieuse. Donc, tant que ses nouvelles ressources ne dépassent pas les exigences absolues de la vie quotidienne, il n'a rien à craindre (L. 6, *De bon. cess.*) (2). Je conclus de là que le jour où il peut être poursuivi et où il oppose l'exception *quod facere potest*, la condamnation ne le dépouille que dans la mesure où son actif excède le strict nécessaire; 2° le même avantage est accordé au donateur, et on le fonde sur ce que sa libéralité ne doit pas le réduire à la misère (L. 19 § 1; L. 50, *De re jud.*) (3).

(1) La déduction des dettes privilégiées n'a-t-elle pas également lieu dans les autres cas ? Pour l'affirmative, on peut argumenter de la règle suivie dans l'action *de peculio*. Mais les textes nous font défaut.

(2) Ce texte semble signifier, contrairement à ce que j'écrivais tout à l'heure, que les nouvelles acquisitions du débiteur sont comprises dans les effets de la *missio in possessionem* qui suit la cession de biens. Mais alors il contredirait d'autres textes (L. 4 pr., *De bon. cess.* — § 40 *sup.*). Pour lever la difficulté, on peut supposer qu'il s'agit ici de créanciers munis d'un jugement antérieur à la cession.

(3) La première hypothèse où l'on admit cette doctrine paraît avoir été celle

Ces deux cas exceptés, le débiteur ne garde absolument rien. Et, en effet, ce qu'on lui laisserait, les autres créanciers l'absorberaient presque toujours. Cependant nous lisons dans un texte de Paul (L. 173 pr., *De reg. jur.*) qu'à toutes les personnes munies de l'exception *quod facere potest* le juge doit laisser de quoi vivre (*ne egeant*). Sans aucun doute, Paul se référait à l'hypothèse particulière d'une donation (1). Justinien a donc tronqué son texte pour en généraliser la doctrine. Mais comme il n'a pas supprimé le principe de la non-déduction des dettes, cette généralisation prouve de bonnes intentions plutôt qu'elle n'aboutit à des résultats vraiment pratiques. Elle ne devra être appliquée qu'autant que le débiteur sera sûr de garder le peu qu'on lui laissera. Supposons, par exemple, qu'il n'ait d'autre créancier que le poursuivant, ou que l'exception *quod facere potest* le protège contre tous ses créanciers. Voilà des cas où l'innovation de Justinien aura un véritable sens (2).

2° Une fois que notre exception a produit son effet, soit en empêchant, soit en réduisant la condamnation, le débiteur reste-t-il tenu des sommes qu'il devait avant la poursuite et auxquelles il n'a pas été condamné? Si nous nous plaçons dans le droit classique, la question n'offre pas de difficulté. L'obligation civile a forcément disparu par l'effet de la *litis contestatio*, mais elle est remplacée par une obligation naturelle (n° 767). Considéré en lui-même, ce résultat blesse l'équité ; aussi le juge le corrige en exigeant, pour tenir compte de l'exception *quod facere potest*, que le défendeur promette de payer, le jour où il le pourra, ce qu'il ne peut pas payer aujourd'hui (L. 63 § 4, *Pro soc.*) (3). Une telle promesse ne serait pas nécessaire si l'obligation civile ne périssait pas, et elle manquerait de cause si l'on n'admettait

d'une donation faite par un ascendant à un descendant ou réciproquement ; et, en effet, il y avait alors un motif tout spécial, c'est que ces personnes se doivent respectivement des aliments (L. 30, *De re jud.*).

(1) Les deux textes sont empruntés au même livre du même ouvrage.

(2) Voici une hypothèse où l'on en conçoit aussi l'application. Mon avoir est de quatre cents sous d'or. J'ai des dettes ordinaires jusqu'à concurrence de trois cents. De plus je dois cent à un associé. Si cet associé ne me poursuivait qu'après mes autres créanciers, il se trouverait en face d'un actif exactement égal à sa créance, et par conséquent devrait me laisser quelque chose, soit par exemple vingt. Supposons donc qu'il agisse avant tous les autres. Ne devra-t-on pas admettre le même résultat, puisque ce qu'il obtiendra de moins me restera certainement ?

(3) Cette promesse n'est pas exigée dans l'action *de peculio*, parce que là l'obligation du défendeur et, par conséquent aussi, l'effet de la *deductio in judicium*, se mesurent au contenu du pécule tel qu'il est au jour de la condamnation (L. 47 § 2, *De pec.*, XV, 1).

pas la survie d'une obligation naturelle. Devons-nous croire que ces principes subsistent encore sous Justinien? Tout d'abord, cela paraît peu vraisemblable, puisque le droit litigieux ne s'éteint plus par la *litis contestatio*. Cependant nous voyons Justinien lui-même imposer au défendeur la même promesse qu'autrefois (L. unic. § 7, C., *De rei ux. act.*, V, 13). Mais j'incline à ne voir là qu'une précaution destinée à prévenir les chicanes que le défendeur pourrait être tenté d'élever plus tard sur la portée du jugement.

En finissant, notons ou rappelons que notre exception s'écarte du droit commun à plusieurs égards : 1o son but même nous avertit qu'elle ne comporte pas de renonciation, car il n'est permis à personne d'abdiquer sa liberté (L. 14 § 1, *Sol. matr.*) (1); 2o c'est dans la *condemnatio* qu'elle figure : cela n'est écrit dans aucun texte; mais un grand nombre de ceux que j'ai cités disent que le débiteur est poursuivi *in id quod acere potest*, langage inexact sans doute puisque l'*intentio* comprend la totalité du droit, mais langage assez naturel si l'on admet que notre exception s'enchâsse dans la *condemnatio* qui alors, par dérogation aux règles ordinaires, ne correspond plus à tout le contenu de l'*intentio;* 3o l'obligation a beau changer de cause : du moment que les parties restent les mêmes, on continue de s'attacher au motif originaire qui dans l'espèce a donné naissance à notre exception, et elle ne périt pas (2). C'est pourquoi elle survit soit à un pacte de constitut, soit, lorsqu'elle n'a pas été insérée dans la formule (3), au jugement qui prononce une condamnation *in solidum* (L. 3 pr., *De pec. const.*, XIII, 5. — L. 33 pr., *De donat.* — L. 41 § 2, *De re jud.*).

DES *præscriptiones*.

920 *a*. Les *præscriptiones* sont, comme les exceptions, des parties accessoires de la formule, et elles y figurent en tête, tantôt précédant la *demonstratio*, tantôt s'y incorporant (Gaius, IV, §§ 132, 136 et 137). On en distingue deux sortes : les unes sont établies dans l'intérêt du demandeur, les autres dans l'intérêt du défendeur.

(1) Ce texte vise particulièrement l'hypothèse d'un mari débiteur de la dot, et se fonde, pour annuler sa renonciation à notre exception, sur le respect que la femme lui doit. Un tel motif, s'il était seul, ne permettrait pas de généraliser la décision.

(2) Pour le cas où il y a en même temps changement de cause et changement de créancier, voir tome II, page 719 texte et note 2; page 1271, note 2.

(3) Si elle a été insérée dans la formule et que le juge n'en ait pas tenu compte, elle est remplacée dans l'action *judicati* par une exception de dol (L. 17 § 2, *Sol. matr.*).

Præscriptiones a parte actoris. — Ces *præscriptiones* se subdivisent elles-mêmes en deux classes : il y en a, et ce sont les plus importantes, qui limitent la *deductio in judicium* à une partie du droit, et qui, par voie de conséquence, restreignent dans la même mesure l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Il y en a d'autres qui ont pour objet de préciser la qualité en laquelle le demandeur agit ou en laquelle le défendeur est poursuivi.

Pour bien comprendre le besoin auquel les *præscriptiones* de la première classe répondent, il faut nous placer dans l'hypothèse d'une action *incerta* et nous rappeler que la formule *quidquid paret dare facere oportere* comprend naturellement la totalité du droit qui se rattache à la cause indiquée dans la *demonstratio* (n° 861). Cette règle a son bon côté : ellé empêche le défendeur de contester l'étendue du *judicium*, sous prétexte que l'intention des parties aurait été de le restreindre à tel ou tel objet (L. 61, *De jud.*, V, 1). Mais elle a aussi ses inconvénients. En effet, le droit peut n'être exigible que pour partie, et fût-il exigible pour le tout, le demandeur peut avoir ses raisons pour ne pas le faire valoir tout entier dès à présent. Or, dans ces deux cas, la condamnation prononcée ne contiendra sans doute qu'une sanction partielle du droit, et néanmoins il sera entièrement épuisé : une demande ultérieure se heurterait à l'exception *rei in judicium deductæ*. Telle est, dans une action en justice, la portée régulière des expressions *quidquid paret dare facere oportere* (L. 76 § 1, *De verb. obl.*, XLV, 1) (1). Mais à l'aide d'une *præscriptio*, on leur enlève leur généralité, on concentre l'action sur un ou plusieurs points déterminés (2). Gaius (IV, § 131) nous donne deux exemples. Le premier se rapporte à une hypothèse qui nous est déjà connue ; c'est celle où l'on

(1) D'après ce texte, les mêmes expressions employées dans une stipulation excluent tout ce qui n'est pas actuellement exigible. Si l'on veut que la totalité du droit soit comprise dans la stipulation, il faut, après les mots *quidquid dare facere oportet*, ajouter *oportebitve* ou *præsens in diemve*. D'autres textes reproduisent cette observation (LL. 89 et 125, *De verb. obl.*), et elle est également vraie d'un legs de créance (L. 46, *De leg.* 2°, XXXI). On présume donc que l'intention du stipulant ou du testateur a été de restreindre l'obligation, tandis que chez un demandeur on présume l'intention de tout déduire *in judicium*.

(2) Les *præscriptiones* ne protègent le demandeur qu'autant que l'étendue de son droit lui est connue. Mais le contraire est possible, et alors il n'aura pas même l'idée de demander l'insertion d'une *præscriptio*, de sorte que s'apercevant plus tard de l'insuffisance de sa première action et voulant faire valoir le surplus de son droit, il se verra opposer l'exception *rei in judicium deductæ*. Mais sans doute en cette hypothèse une *replicatio doli* ou *in factum* ne lui sera pas refusée. Ainsi peuvent s'expliquer certains textes dont les décisions, telles qu'elles sont rap-

a stipulé des prestations périodiques qui doivent se continuer jusqu'à l'arrivée d'un terme incertain (nos 530 et 531). Pour obtenir les prestations échues sans compromettre les prestations à échoir, le créancier emploie une *præscriptio* ainsi conçue : *ea res agatur cujus rei dies fuit*. La même *præscriptio* était évidemment nécessaire, lorsque la demande tendait à obtenir des intérêts stipulés et dont le cours n'était pas encore arrêté (T. II, page 245, note 1) (1). Le second exemple de Gaius est celui d'un acheteur qui agit *ex empto* pour obtenir la mancipation de la chose et qui veut se réserver le droit de demander plus tard la tradition. Par une *præscriptio* ainsi formulée : *ea res agatur de fundo mancipando*, il détache sa prétention actuelle des autres droits qui lui appartiennent ou pourront lui appartenir un jour en vertu de la vente, et ces droits restent intacts. Une telle forme de *præscriptio*, plus précise encore que la précédente, se conçoit soit que l'acheteur ne veuille pas actuellement demander la tradition ou qu'un terme accordé au vendeur le lui interdise. Au surplus, d'autres *præscriptiones* tout à fait semblables se laissent encore entrevoir dans la compilation de Justinien. Ainsi un acheteur intente l'action *redhibitoria*, mais il craint d'échouer, et veut se réserver le droit de renouveler son action si plus tard un autre vice encore inconnu vient à se révéler. Il insérera dans la formule une *præscriptio* pour déterminer le vice à raison duquel il agit aujourd'hui (L. 48 § 7, *De æd. ed.*, XXI, 1). Ainsi fera également un bailleur qui, dans le cours du bail, veut se faire payer les termes échus, forcer le fermier à exécuter certains travaux convenus ou à cultiver le fonds (L. 24 §§ 2 et 3, *Loc.*, XIX, 2. — L. 58 pr., *De fid.*, XLVI, 1). D'une manière générale, de telles *præscriptiones* devaient être particulièrement fréquentes dans les actions de bonne foi ; là en effet une cause unique engendre souvent une grande variété de droits et ne développe que peu à peu toutes ses conséquences (2).

portées au Digeste, contredisent les principes du droit classique (LL. 20 et 21 pr., *De exc. rei. jud.*).

(1) La *præscriptio ea res agatur cujus rei dies fuit* est mentionnée par Cicéron comme ancienne et très usitée (*De orat.*, I, 37). Il rapporte à ce propos qu'un avocat, beau parleur et faible jurisconsulte, s'avisa un jour de demander cette *præscriptio* dans l'intérêt de son client qui jouait le rôle de défendeur. C'était lui enlever pour l'avenir le bénéfice de l'exception *rei in judicium deductæ*.

(2) Les actions réelles étant naturellement *certæ*, les *præscriptiones* qui tendent à circonscrire l'effet de la *deductio in judicium* ne s'y conçoivent guère. Cependant cela n'est pas absolu. On peut conjecturer, mais rien ne le prouve avec certitude, que celui qui voulait revendiquer en vertu d'une cause déterminée et se

Quant aux *præscriptiones* de la seconde classe, elles répondent à un besoin de clarté et de précision. On va le voir par deux exemples que nous trouvons dans Gaius : 1° une personne *alieni juris* a contracté et donné naissance à une créance. C'est le père de famille qui est devenu créancier, c'est lui qui agit, et l'*intentio* est rédigée comme s'il avait contracté lui-même, elle porte *domino* ou *patri dare oportere*, et cependant ce que le juge doit examiner avant tout, c'est le fait de la personne *alieni juris*. Comment donc le saura-t-il ? Aucune difficulté ne peut s'élever lorsque la formule est *incerta ;* car alors elle débute par une *demonstratio* constatant que tel esclave, tel fils de famille, a fait une vente, un dépôt ou tout autre contrat. Mais que l'action soit *incerta*, et alors apparaît la nécessité d'une *præscriptio :* on supplée de cette façon à l'absence de *demonstratio* (Gaius, IV, §§ 134 et 135) (1) ; 2° soit une action dirigée contre un *adpromissor*, et par hypothèse elle est *incerta*. Dans l'*intentio*, c'est l'*adpromissor* qui est désigné comme sujet passif du droit, tandis que dans la *demonstratio* figurent le nom du débiteur principal et l'indication du contrat fait par lui (2). Il y a donc une contradiction apparente entre ces deux parties de la formule : on la fait disparaître par une *præscriptio* où il est dit que le défendeur s'est obligé comme *sponsor* ou comme fidéjusseur pour le débiteur principal (Gaius, IV, § 137). Cette *præscriptio* n'aurait plus la même raison d'être si dans notre hypothèse l'action était *certa*, mais j'estime qu'un autre motif la rendrait également nécessaire ; c'est que l'obligation du défendeur étant purement accessoire suppose la vérification d'une obligation principale dont l'existence doit être signalée au juge. Au surplus, on peut affirmer sans témérité que de semblables *præscriptiones* étaient usitées dans beaucoup de cas dont Gaius ne nous parle pas, par exemple elles devaient être fréquentes dans les actions *adjectitiæ qualitatis* et dans celles où figurait un *bonorum possessor* (3).

réserver, s'il échouait, le droit d'agir plus tard en vertu d'une autre cause, recourait à une *præscriptio* (T. II, page 865, note 1).

(1) La distinction que je fais entre l'action *certa* et l'action *incerta* n'est pas exprimée par Gaius, elle résulte de la nature des choses.

(2) Comment expliquer une telle façon de rédiger la *demonstratio?* Évidemment par cette idée que l'*adpromissio* n'a pas de cause sans une obligation principale.

(3) Les *præscriptiones a parte actoris* ont évidemment disparu dans le droit de Justinien. Quant à celles de la première classe, rien n'en reste puisque la *litis contestatio* a perdu son effet extinctif, et qu'en conséquence le demandeur n'épuise plus son droit que dans la mesure où il le plaide. Quant à celles de la seconde classe, il y a plutôt transformation que suppression, car comment concevoir qu'une

921 *a. Præscriptiones a parte rei.* — Au temps de Gaius, ces *præscriptiones* n'existaient plus. Elles avaient été converties en exceptions (Gaius, IV, § 133) (1). Avant de nous demander quel fut le sens de cette transformation, nous devons rechercher quelle avait été originairement leur nature et d'abord en donner des exemples. Les plus importantes portent le nom de *præjudicia* (2). Elles sont fondées sur ce que l'action intentée soulève et tend à préjuger une question *de re majori* (L. 21, *De exc.*). Ainsi, pour emprunter l'hypothèse de Gaius, je revendique certains objets particuliers, en me fondant sur ce que je suis l'héritier du propriétaire. Si mon adversaire entend me contester cette qualité d'héritier, il m'opposera un *præjudicium* ainsi conçu : *ea res agatur si in ea re præjudicium hereditati non fiat.* En dehors de cette catégorie de *præscriptiones* sur laquelle je reviendrai spécialement tout à l'heure, je citerai la *præscriptio fori* qui tend à faire écarter l'action comme délivrée par un magistrat incompétent *ratione personæ* (L. 7 pr., *Qui sat. cog.*, II, 8) (3), la *præscriptio longi temporis* ou *longæ possessionis* dont nous connaissons déjà les applications (n° 245), et d'une manière générale les *præscriptiones temporis*, c'est-à-dire toutes celles qui sont fondées sur ce que le délai donné pour agir est expiré (4).

Les *præscriptiones* ne contredisent pas l'*intentio*, elles peuvent être justes sans que les allégations du demandeur soient inexactes. En cela elles ressemblent aux exceptions. D'autre part, elles en diffèrent ex-

personne figure en justice sans que l'on sache à quel titre et en quelle qualité ? Fort probablement cette indication devait être fournie dans le *libellus conventionis*.

(1) Cette transformation n'est formellement constatée par Gaius que pour le *præjudicium de hereditate*. Mais le langage des textes prouve qu'elle fut générale. Cela ne peut faire doute pour les autres *præjudicia* (LL. 16 et 18, *De exc.*) ni pour la *præscriptio longi temporis* (L. 3; L. 5 § 1; L. 12, *De div. temp. præscr.*, XLIV, 3). D'ailleurs la disparition des *præscriptiones* ne supprimait pas les moyens qu'elles servaient à mettre en œuvre; ils devaient subsister sous une autre forme.

(2) Je rappelle que ce même mot désigne une classe particulière d'actions (T. II, n° 795; page 948, note 2).

(3) La *præscriptio fori* est mentionnée dans d'autres textes. Mais les uns se rapportent à des cas de *cognitio extra ordinem* (L. 50 §§ 1 et 2; L. 52 §§ 3 et 4, *De jud.*, V, 1), et un autre date d'une époque où la procédure formule n'existait plus (L. 13, C., *De exc.*). Aucun d'eux, par conséquent, n'envisage la *præscriptio fori* comme partie de la formule. Du reste elle est inutile lorsque le magistrat est incompétent *ratione materiæ :* ici la sentence doit être nulle de plein droit (L. 23 § 1, *De app.*, XLIX, 1).

(4) Voyez une application de cette *præscriptio* quand il s'agit de rechercher l'état d'une personne morte depuis cinq ans ou plus (L. 1 § 4, *Ne de stat. def.*, XL, 15. — T. II, page 951, note 1).

térieurement par la place qu'elles occupent dans la formule. Mais cette place elle-même ne leur a pas été assignée au hasard, elle n'est que la conséquence d'une différence beaucoup plus profonde. En effet, si nous analysons les termes du *præjudicium* que j'ai rapporté plus haut d'après Gaius, qu'y voyons-nous? que l'insertion d'une *præscriptio* imprime à la formule un caractère conditionnel (*ea res agatur si*, etc.), qu'en conséquence l'action sera réputée non avenue ou suivra son cours selon que la *præscriptio* aura été jugée fondée ou non fondée. Ce point de vue est absolument confirmé par un passage de Quintilien (*Inst. or.*, VII, 5), où nous lisons que le procès porte ou sur l'*intentio* ou sur une *præscriptio*, et que dans ce dernier cas l'examen du droit n'est pas nécessaire (*de ipsa re quæri non est necesse*) (1). En résumé donc, la *præscriptio* n'est qu'une fin de non-recevoir. Et de là je tire les conclusions suivantes : 1° elle doit être examinée avant l'*intentio*; 2° quand elle est prouvée, le juge, au lieu de prononcer l'absolution du défendeur, se déclare dessaisi; 3° enfin dans cette même hypothèse le droit allégué dans l'*intentio* n'est pas réputé déduit en justice. Le demandeur est écarté, mais non vaincu, et le jour où la *præscriptio* aura cessé d'être fondée, il reproduira valablement sa demande. Sur tous ces points, la différence entre les *præscriptiones* et les exceptions est manifeste.

922 *a*. Arrivons au droit constaté par Gaius. Dans quelle mesure est-il vrai de dire que les *præscriptiones* devinrent des exceptions? Sûrement elles ne figurèrent plus en tête de la formule, elles se placèrent désormais après l'*intentio*. Mais si nous les envisageons au fond, c'est-à-dire dans leur portée et dans leurs effets, et non plus comme simples *adjectiones*, admettrons-nous qu'elles changèrent de nature, en d'autres termes qu'elles ne durent plus être prouvées qu'après l'*intentio* et qu'une fois prouvées elles entraînèrent l'absolution du défendeur et l'épuisement du droit du demandeur? Cette question, à mon gré, ne comporte pas de solution absolue. Même en nous plaçant dans la théorie primitive, nous allons bien vite reconnaître qu'il y avait en réalité deux sortes de *præscriptiones*. Les unes, par la force des choses,

(1) Deux autres textes sont conçus dans le même sens. C'est d'abord une constitution de Caracalla où nous voyons une revendication succomber *causa non cognita, sed præscriptione* (L. 5, C., *De pign. et hyp.*, VIII, 14). C'est ensuite un passage d'Aurélius Victor (*Ars rhet.*, IV, 1) où nous lisons : *potius est, si litis conditio patiatur, adversarium ab actione depellere quam cum intentionibus ejus colluctari*. Ces deux textes, étant postérieurs à la disparition des *præscriptiones a parte rei*, sont par cela même un peu embarrassants. J'y reviendrai tout à l'heure (page 1283, note 2).

produiraient indirectement un effet définitif. Telles étaient les *præscriptiones temporis*. En effet, si elles sont fondées aujourd'hui, elles le seront à bien plus forte raison demain et après-demain. Donc elles paralysaient pour toujours le droit du demandeur, et en faisant écarter l'action le défendeur obtenait, sous une autre forme, les avantages que lui eût procurés un jugement d'absolution. C'est pourquoi une bonne logique exigeait qu'au fond comme dans la forme elles fussent absolument converties en exceptions, et, en effet, nous voyons par un texte de Dioclétien que dans le dernier état des choses la *longi temporis præscriptio* ne se prouve qu'après l'*intentio* et aboutit, une fois prouvée, à l'absolution du défendeur et par conséquent aussi à la consommation du droit déduit en justice (L. 9, C., *De præscr. long. temp.*, VII, 33). En sens inverse, d'autres *præscriptiones* n'avaient véritablement qu'un effet provisoire ; elles retardaient l'action au lieu de la frapper de paralysie perpétuelle. Supposez par exemple que ma demande eût été écartée par une *præscriptio fori* ou par un *præjudicium ;* évidemment, pour la reproduire, je n'avais qu'à m'adresser au magistrat compétent ou à faire préalablement juger en ma faveur la question qu'elles eussent préjugée (1). De telles *præscriptiones* changèrent-elles de caractère en changeant de forme? Abstraction faite des textes, cela est peu vraisemblable. Comment comprendre, en effet, qu'alléguant ou un *præjudicium* ou l'incompétence du magistrat, je ne sois pas tenu de faire ma preuve avant l'examen de la question principale, et surtout que cette preuve fournie ruine pour toujours la prétention de mon adversaire ? De tels résultats seraient généralement peu raisonnables, et j'en trouve la condamnation dans un texte dont voici l'analyse : vous possédez le fonds Titien dont la propriété est litigieuse entre vous et moi. Je prétends qu'une servitude existe au profit de ce fonds sur une autre fonds dont vous êtes certainement propriétaire, et pour faire sanctionner cette prétention j'intente l'action *confessoria*. Vous m'opposerez l'exception *quod præjudicium prædio non fiat* dont l'effet, dit Africain, sera de me forcer à prouver que je suis propriétaire du fonds Titien, c'est-à-dire à le revendiquer avant de prouver l'existence de la servitude (L. 16, *De exc.*). Sous une autre forme, cela signifie d'abord que le *præjudicium* sera examiné avant

(1) Tout ce que je vais dire des *præjudicia* ne doit s'entendre qu'avec quelques réserves. Parfois ils ont toute la force d'une exception ordinaire et aboutissent au rejet définitif de l'action.

l'*intentio*, et dans l'espèce on ne voit guère comment les choses pourraient se passer autrement, puis, que le *præjudicium* établi, la demande sera provisoirement écartée et pourra être reprise si le demandeur triomphe dans sa revendication (1). Je conclus donc que parmi les *præscriptiones* il y en eut un grand nombre qui, tout en changeant de nom et de forme, conservèrent leur nature et leurs effets (2). Ce fut une classe d'exceptions absolument distincte des autres. Ceci admis, reste à nous demander ce que le juge devait faire quand une *præscriptio* de cette sorte était prouvée. Devait-il comme autrefois se dessaisir? ou prononçait-il un simple sursis? La première solution me paraît plus vraisemblable quand il s'agit d'une *præscriptio fori*, la seconde quand il s'agit d'un *præjudicium*. La question, au surplus, a peu d'importance : l'idée essentielle, c'est que le droit du demandeur reste intact (3).

923 *a*. Précédemment j'ai annoncé quelques détails sur les *præjudicia*. Tous se rattachent à cette idée générale qu'une question plus grave ne doit jamais être préjugée par la solution d'une question moins grave. Mais la gravité relative de deux questions s'apprécie à des points de vue fort divers. Voici notamment trois ordres d'hypothèses où nous trouvons des *præjudicia :* 1° soit une action tendant à rechercher l'état d'une personne vivante, mais cette recherche doit avoir pour résultat de faire constater que telle autre personne morte depuis plus de

(1) La loi 18, *De exc.*, concourt à justifier les mêmes solutions. Mais elle est moins décisive, parce qu'elle suppose que le *præjudicium* est reconnu fondé *in jure* et qu'en conséquence l'action n'est pas délivrée.

(2) Cela nous explique les textes précités de Caracalla et d'Aurélius Victor (T. II, p. 1281, note 1). On remarquera que la *præscriptio* dont il s'agit dans la constitution de Caracalla ne peut pas, d'après les explications que j'ai données, être la *præscriptio longi temporis*.

(3) En toute cette matière règne une certaine confusion de langage. Ainsi deux textes de Cicéron emploient le mot *exceptio* au lieu de *præscriptio*, et, ce qui est plus bizarre, l'un des deux se réfère à une *præscriptio a parte actoris* (*De inv.*, II, 20. — *De orat.*, I, 37). En sens inverse, beaucoup d'exceptions sont parfois appelées *præscriptiones*. Comme exemples, je citerai les exceptions tirées de la chose jugée (L. 42, *De lib. caus.*, XL, 12. — L. 63, *De re jud.*, XLII, 1. — LL. 10 et 11, *De exc.* — L. 29 pr., *De exc. rei jud.*, XLIV, 2), de la transaction (L. 9 pr., *De trans.*, II, 15), de l'incapacité du *procurator* (L. 13, C, *De proc.*, II, 13) et même du dol (L. 91, *De sol.*, XLVI, 3). Certains interprètes ont conclu de là qu'à l'origine toutes les exceptions furent des *præscriptiones*. Cette conjecture me paraît beaucoup trop absolue; elle peut être vraie pour les exceptions *rei judicatæ*, *rei in judicium deductæ*, *transactionis* et pour quelques autres; mais elle est peu vraisemblable pour l'exception de dol. Ce qui me paraît exact, c'est que toutes les *præscriptiones* ayant fini par être soumises aux règles des exceptions quant à la forme, et plusieurs quant au fond même, on n'attacha plus une très grande importance à se servir de l'un des deux mots plutôt que de l'autre.

cinq ans était esclave, quoique passant pour libre, ou, d'une manière plus générale, avait un état moins bon que celui qu'elle possédait. Le procès sera arrêté par un *præjudicium* (L. 1 §§ et 2, *Ne de stat. def.*, XL, 15. — T. II, page 951, note 1). Une question qui ne peut pas être soumise au juge est donc réputée plus grave que celle qu'il lui est permis d'examiner (1); 2° supposons qu'en vue d'injurier un homme on lui ait fait une blessure ou qu'on ait tué son esclave. Dans les deux cas le délit d'injures est accompagné d'un crime, et la preuve de l'un emporte preuve de l'autre, puisque tous les deux supposent le fait matériel et l'intention. Cela étant, l'action d'injures ne pourra pas être exercée la première : elle préjugerait l'action publique qui est plus grave par ses conséquences (Cic., *De inv.*, II, 20. — L. 7 §§ 1, *De inj.*, XLVII, 10) (2) ; 3° étant donné deux questions d'intérêt purement privé et pécuniaire, il peut se faire que l'une soit comprise dans l'autre comme la partie dans le tout ou en dépende comme la conséquence du principe. Cela étant, rien de plus naturel que de donner la priorité à la question qui est la plus générale ou la principale. Donc, tant que cette question n'aura pas été tranchée, celle qu'elle domine sera tenue en suspens par un *præjudicium*. Je pourrais reproduire ici un exemple précédemment emprunté à Africain (L. 16, *De exc.*). Le même jurisconsulte nous en fournit deux autres. Vous possédez seul un fonds, et j'intente contre vous ou l'action *communi dividundo* pour en obtenir le partage ou une *condictio* pour m'en faire restituer les fruits; ma demande suppose, dans le premier cas, que le fonds est indivis entre vous et moi, et dans le second cas qu'il m'appartient tout entier. Si donc vous niez le droit de propriété que je m'attribue, vous me forcerez à revendiquer en m'opposant l'exception *quod præjudicium fundo partive ejus non fiat* (L. 18, *De exc.*). Mais le plus remarquable *præjudicium* de cette nature, et aussi le plus usité, est le *præjudicium de hereditate*. Il exige quelques explications.

924 *a*. La *petitio hereditatis* était regardée comme tellement importante qu'elle tenait en suspens toutes les actions qui en eussent préjugé la solution (L. 5 §§ 2, *De her. pet.*, V, 3). De cette règle générale je signalais tout à heure une application donnée par Gaius

(1) Appliquons ici l'observation faite p. 1282, note 1.

(2) Le délit de la loi Aquilia peut aussi être accompagné d'un crime. Mais l'action *legis Aquiliæ* ne préjuge pas l'action criminelle; celle-ci, en effet, suppose la preuve d'une mauvaise intention, tandis que dans l'action *legis Aquiliæ* il suffit de prouver la faute (L. 7 § 1, *De inj.*).

(IV, §§ 133) (1), et antérieurement nous en avons rencontré deux autres, l'une dans le cas où le véritable héritier revendique ce qui a été alién par le possesseur de bonne foi d'une hérédité (L. 25 §§ 17, *De her. pet.* — T. II, p. 1003 *in fine* et 1004) (2), et l'autre lorsque la qualité d'héritie est contestée à celui qui intente l'action *familiæ erciscundæ* sans posséder sa part héréditaire (L. 1 §§ 1, *Fam, erc.*, X, 2. — T. II, p. 1043, note 2). Dans de telles espèces, le *præjudicium de hereditate* n'offrait pas d'inconvénients. Mais dans d'autres espèces, et c'étaient à coup sûr les plus usuelles, il était dangereux et prêtait à la fraude. Ainsi chaque fois que deux prétendants se disputaient une hérédité, l'un et l'autre pouvait opposer notre *præjudicium* aux créanciers héréditaires qui pourtant, quel que fût le résultat de la *petitio hereditatis*, devaient être payés. De même, dans le cas particulier où les droits d'un héritier institué étaient contestés, cela retardait pour un temps plus ou moins long l'exécution des libéralités et affranchissements testamentaires dont le sort était lié à celui de l'institution. Justinien crut devoir corriger de tels résultats (L. 12 pr., §§ 1 et 2, C., *De her. pet.*, III, 31). Ses innovations se rapportent à trois sortes d'hypothèses : 1° en ce qui concerne les créanciers, ils poursuivront à leur choix le *possessor* ou le *petitor hereditatis*.

(1) Il s'agit ici, on se le rappelle, d'un héritier qui revendique certains objets déterminés de la succession. Julien, qui prévoit la même hypothèse au Digeste, nous dit que le *præjudicium de hereditate* ne pourra plus être opposé *post litem de hereditate contestatam* (L. 13, *De exc.*). Cette décision étonne tout d'abord; car c'est surtout quand la *petitio hereditatis* est déjà pendante que notre *præjudicium* paraît nécessaire, et d'ailleurs d'autres textes prouvent qu'il était admis dans cette hypothèse avec plus de facilité que lorsque la *petitio hereditatis* n'était pas encore intentée et pouvait par conséquent ne jamais l'être (L. 7, *De her. pet.*, V, 3). Pour ces motifs, on a quelquefois interprété le texte de Julien en ce sens que la *præjudicium de hereditate* cesserait d'être recevable lorsque la *petitio hereditatis* aurait été jugée. En effet, Julien explique sa décision en disant que de telles exceptions ont été établies *judicii futuri, non facti nomine*, et on fait remarquer que *judicium factum* désigne quelquefois une instance terminée (L. 58, *De rei vind.*, VI, 1). Cette interprétation me semble tout à fait forcée; elle est contraire aux expressions du texte et lui fait dire une naïveté. Quant à moi, je prends à la lettre la décision de Julien et je l'explique par cette idée que dans l'espèce le contenu de la *rei vindicatio* n'est qu'une partie du contenu de la *petitio hereditatis*; or celle-ci étant déjà pendante, l'exception *rei in judicium deductæ* suffit et rend notre *præjudicium* inutile. Mais supposons, ce qui arrive bien plus fréquemment, que la question portée en justice, quoique subordonnée à la *petitio hereditatis*, s'en distingue par son objet, nous rentrons alors dans le principe général, et nous n'avons plus à distinguer si la *petitio hereditatis* est déjà intentée ou s'il est seulement probable qu'elle le sera.

(2) Dans cette espèce l'effet du *præjudicium* devient définitif, si le juge de la *petitio hereditatis* reconnaît la bonne foi du possesseur qui a aliéné.

Si c'est celui qui les a payés qui triomphe dans la *petitio hereditatis,* tout sera définitivement réglé. Si au contraire c'est lui qui succombe, il deviendra créancier de son adversaire. Donc, est-il défendeur, les sommes qu'il a payées s'imputeront sur les restitutions qu'il est tenu de faire; est-il demandeur, le juge même de la *petitio hereditatis* lui fera restituer ses déboursés, ou bien on lui donnera contre le possesseur absous une action *negotiorum gestorum* ou une *condictio ex lege;* 2° quant aux légataires et fidéicommissaires, l'héritier institué, qui est leur débiteur éventuel et à qui seul ils peuvent s'adresser, choisira entre deux partis : ou il les payera immédiatement en se faisant garantir la restitution pour le cas où il succomberait dans la *petitio hereditatis,* ou bien, la *litis contestatio* une fois engagée, il surseoira jusqu'au jugement de la *petitio hereditatis,* et s'il triomphe, il payera alors les legs et fidéicommis, augmentés des revenus et produits accessoires qui se rapportent au temps intermédiaire, de même que dans le cas précédent ces revenus et produits grossissent la restitution que lui-même a le droit d'exiger ; 3° enfin, à l'égard des affranchissements testamentaires, si la *petitio hereditatis* est jugée dans l'année du décès, selon que l'institué y réussit ou y succombe, ils produisent leur effet régulier ou s'évanouissent. Que si l'année expire sans que la *petitio hereditatis* ait été intentée et jugée, quelle qu'en soit plus tard l'issue, la liberté est dès à présent et irrévocablement acquise à tous les affranchis. Justinien n'excepte que le cas où le testament viendrait à être reconnu faux.

DE LA DURÉE DES ACTIONS.

Lib. IV, Tit. XII, *De perpetuis et temporalibus actionibus, et quæ ad heredes vel in heredes transeunt,* pr. — Hoc loco admonendi sumus eas quidem actiones, quæ ex lege, senatusve consulto, sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur perpetuo solere antiquitus competere, donec sacræ constitutiones tam in rem quam in personam actionibus certos fines dederunt; eas vero quæ ex propria prætoris jurisdictione pendent, plerumqne intra annum vi-

Ici nous devons avertir que les actions qui dérivent d'une loi, d'un sénatus consulte ou des saintes constitutions furent ordinairement perpétuelles d'après le droit ancien, jusqu'au jour où des constitutions les limitèrent toutes, tant les actions réelles que les personnelles, à une durée fixe; et qu'au contraire les actions qui dérivent de la juridiction du préteur s'éteignent pour la plupart au bout d'un an, car le pouvoir du préteur lui-même était

vere : nam et ipsius prætoris intra annum erat imperium. Aliqua o tamen et in perpetuum extenduntur, id est usque ad finem ex constitutionibus introductum : quales sunt eæ quæ bonorum possessori, ceterisque qui heredis loco sunt, accommodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius prætoris jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur ; absurdum enim esse existimavit eam anno terminari (Gaius, IV, §§ 110 et 111).

restreint à une année. Parfois cependant les actions prétoriennes sont perpétuelles, c'est-à-dire se prolongent jusqu'au terme introduit par les constitutions : telles sont celles que l'on donne au *bonorum possesor* et aux autres personnes que l'on assimile à des héritiers. De même l'action *furti manifesti*, quoique dérivant de la juridiction du préteur, est néanmoins perpétuelle ; car il a cru absurde de la limiter à une année.

925. Dans le droit classique, l'expression action perpétuelle se prend à la lettre. On appelle ainsi des actions que le seul laps de temps n'éteint jamais, et dont, par conséquent, l'exercice peut être ajourné indéfiniment, si aucune autre cause d'extinction ne les menace (1). En sens inverse, il y en a d'autres que l'on doit, à peine de déchéance, intenter dans un délai déterminé ; ce délai est presque toujours d'une année (2), de sorte qu'on les appelle à peu près indifféremment actions temporaires ou actions annales.

A quoi reconnaîtrons-nous si une action est perpétuelle ou temporaire? Gaius (IV, § 110) et Justinien (pr. *sup.*) se contentent de nous dire que les actions civiles sont ordinairement perpétuelles, et les actions prétoriennes presque toujours annales. Quant aux actions civiles, il est très vrai que la perpétuité constitue la règle (3), car on compte celles dont la durée est limitée (4). Mais en ce qui concerne les ac-

(1) Ces derniers mots ont pour but de prévenir une confusion. Ainsi l'action en revendication est perpétuelle, et cependant elle périt par l'effet de l'usucapion accomplie au profit d'un tiers. De même certaines actions personnelles s'éteignent par la mort du débiteur, et néanmoins quelques-unes d'entre elles sont perpétuelles. C'est que dans l'un et l'autre cas, l'extinction de l'action ne résulte pas du laps de temps seul. Elle suppose une autre circonstance, qui est la possession d'un tiers en des conditions déterminées ou le décès du débiteur.

(2) Nous avons vu que le délai est plus long pour la *querela inofficiosi testamenti* (n° 358), plus bref pour l'action *redhibitoria* (n° 609).

(3) Cette règle n'est qu'une conséquence de la perpétuité des droits qui ont une origine civile (n°s 202 et 489 *in fine*).

(4) Comme telles nous avons rencontré la *querela inofficiosi testamenti* (n° 358), l'action *ex stipulatu* qui résulte de la *sponsio* et de la *fidepromissio* (n°s 559 et 560), le *præjudicium* établi par la loi Cicéréia (n° 560), l'action d'injures (n° 577). Je citerai

tions prétoriennes, la formule de Gaius et de Justinien n'est pas assez précise. Pour lui donner la portée d'une véritable règle, il faut, à l'exemple du jurisconsulte Paul (L. 35 pr., *De obl. et act.*, XLIV), la restreindre aux actions pénales. En créant des délits, le préteur se montre par cela même plus sévère que le droit civil, et voilà pourquoi il ne les sanctionne que par des actions temporaires. C'est si bien là son motif que l'action *furti manifesti*, quoique prétorienne et pénale, n'en est pas moins perpétuelle, et cela parce qu'elle adoucit le droit civil en substituant une peine pécuniaire à une peine capitale (Gaius, IV, § 111). Allons-nous maintenant, quant aux autres actions prétoriennes, celles qui tendent simplement à la *rei persecutio*, renverser la règle posée pour les actions pénales ? Ainsi avait fait Cassius, d'après le texte déjà cité de Paul. Mais Paul lui-même ne paraît pas accepter cette idée, et il nous fournit les éléments d'une distinction que toutefois il ne formule pas d'une façon catégorique et générale. Elle consiste à dire que de telles actions sont perpétuelles ou annales, selon qu'elles imitent le droit civil ou le combattent. Ainsi, comme le *bonorum possessor* ressemble à un héritier, les actions qu'on lui donne sont perpétuelles. Tel est aussi le caractère ordinaire de l'action Publicienne, parce qu'elle est calquée sur la *rei vindicatio* et qu'elle vient en aide à ceux que le droit civil autorise à usucaper. En sens inverse, la Publicienne rescisoire est annale ; j'en dis autant de toutes les restitutions *in integrum* et de l'action Paulienne. Au surplus, la distinction indiquée par Paul n'embrasse pas toutes les actions prétoriennes qui ont pour objet la *rei persecutio* ; il y en a plusieurs, en effet, qui ne font que compléter le droit civil sans l'imiter ou le contredire. Pour celles-là, je dirai avec Cassius que la perpétuité est la règle, mais cette règle n'est point absolue. Nous avons vu par exemple que l'action *de pecunia constituta* est quelquefois annale et que l'action *de peculio* l'est toujours (T. II, p. 779 ; p. 1186, note 3) (1).

aussi l'action en restitution donnée contre les héritiers d'un magistrat concussionnaire : elle est limitée à un an par la *lex Julia repetundarum* (L. 2, *De leg. Jul. rep.*, XLVIII, 11).

(1) Selon Justinien (pr. *sup.*), si la plupart des actions prétoriennes sont annales, cela tiendrait à ce que les pouvoirs du préteur lui-même ne duraient qu'un an. Quelle est la valeur de cette affirmation ? Ce qui est vrai, c'est qu'à l'origine l'autorité de chaque édit expirait avec les fonctions du magistrat qui l'avait proposé, de sorte qu'en pure théorie, sinon en fait, l'exercice des actions nées en vertu de cet édit n'était jamais assuré pour une époque ultérieure (n° 790). Mais du jour où le droit prétorien eut été fixé par l'*edictum perpetuum* d'Adrien, il n'y eut plus aucune es-

La distinction des actions perpétuelles et temporaires a besoin d'être combinée avec les règles relatives à la péremption d'instance. On se rappelle, en effet, que toute action parvenue à la *litis contestatio* doit être jugée dans un certain délai, sinon l'instance s'éteint, et comme la *deductio in judicium* conserve néanmoins son effet extinctif, le droit est perdu (n° 774). Supposons donc que l'action sur laquelle il y a *litis contestatio* soit perpétuelle, elle devient temporaire. Si au contraire l'action est temporaire, je ne dirai pas avec certains textes qu'elle devient perpétuelle (L. 9 § 3, *De jur.*, XII, 2. — L. 8 § 1, *De fid. et nom.*, XXVII, 7); je dirai simplement que si le délai donné pour intenter l'action expire *pendente judicio*, elle ne périt pas pour cela; en d'autres termes, la portion de ce délai qui restait à courir est remplacée par celui de la péremption d'instance. Ici donc la *litis contestatio* allonge ordinairement la durée du droit, et c'est ce que l'on exprime par cette formule bien connue : *omnes actiones semel inclusæ judicio salvæ permanent* (L. 139 pr., *De reg. jur.*, L, 17).

926. Sur les actions temporaires, je dois examiner rapidement trois questions :

A. 1° Le délai qui les éteint se compose-t-il de jours continus ou seulement de jours utiles? Soit, par exemple, une action annale : dira-t-on que l'action est éteinte trois cent soixante-cinq jours après celui de sa naissance, ou bien devra-t-on ne tenir compte que des jours où le magistrat rend la justice, et de ces derniers retrancher tant ceux où, en fait, le défendeur ne peut pas être poursuivi que ceux où une cause légitime empêche le demandeur d'agir (L. 1, *De div. temp. præscr.*, XLIV, 3)? Aucun texte, du moins à ma connaissance, ne statue d'une manière générale sur cette question, et cela tient sans doute à ce qu'elle ne comporte pas de réponse absolue. D'une part, en effet, nous savons que pour beaucoup d'actions le délai extinctif ne comprend que des jours utiles; telles sont notamment les actions *quanti minoris* et *redhibitoria* (n° 454), *de dolo malo* (n° 841), *quod metus causa* (n° 848, *in fine*), *paulienne* (n° 853 *in fine*), et *de peculio* (T. II, p. 1186), et ce ne sont pas les seules (L. 6, *De cal.*, III, 6). D'autre part, nous voyons que l'édit relatif à la restitution des majeurs de vingt-cinq ans s'applique aux actions dont un absent ou un captif ont été dépouillés ou libérés par l'effet du laps de temps

pèce de corrélation entre la durée des fonctions du préteur et celle des actions prétoriennes. Si l'explication de Justinien était exacte, toutes les actions prétoriennes devraient être annales, et l'année dont il s'agit ici ne serait jamais une année utile.

(L. 1 § 1, *Ex quib. caus. maj.*, IV, 6). Or un absent et un captif ne peuvent ni poursuivre ni être poursuivis. C'est donc qu'il y a des hypothèses où le délai est continu. Au surplus, la prescription ne commence jamais avant le premier jour où l'action peut être légalement intentée, et elle n'est acquise qu'après l'entière expiration du dernier jour (L. 6, *De obl. et act.*, XLIV, 7) (1).

A. 2° L'extinction s'opère-t-elle *ipso jure* ou seulement *per exceptionem?* Ici encore j'estime que l'on doit écarter toute solution absolue. Une exception paraît bien nécessaire quand il s'agit de repousser l'action *de peculio* (L. 30 § 5, *De pec.*, XV, 1. — L. 1 § 10, *Quand. de pec. ann.*, XV, 2), l'action d'injures (L. 5, C., *De inj.*, IX, 35), l'interdit *quod vi aut clam* (L. 15 § 5, *Quod vi aut clam*, XLIII, 24), et cette énumération n'est pas à beaucoup près limitative. Mais qu'il y ait des cas où l'extinction s'opère *ipso jure*, c'est ce que prouve un texte d'Ulpien d'où il résulte que le débiteur s'expose à l'action *de dolo* quand par des manœuvres frauduleuses il empèche son créancier d'agir *intra tempus* (L. 1 § 6, *De dol. mal.*, IV, 3). Si, en effet, l'action ne s'éteignait alors que *per exceptionem*, le créancier pourrait l'exercer en n'oubliant pas de faire insérer dans la formule une réplique qui détruirait l'exception, et il serait incorrect de lui donner l'action *de dolo* qui est subsidiaire (n° 839).

3° Le débiteur libéré *tempore* reste-t-il tenu d'une obligation naturelle? Plusieurs textes impliquent que la question doit, au moins en général, être résolue négativement. Ainsi, une fois l'action éteinte, le constitut devient impossible (L. 18 § 1, *De pec. const.*, XIII, 5), et le payement fait antérieurement entre les mains d'un gérant d'affaires peut être répété, si le maître ne l'a ratifié que *post tempus* (L. 25 § 1, *Rat. rem hab.*, XLVI, 8). Dans le même sens on a fait remarquer que le fidéjusseur profite de la libération acquise au débiteur principal (L. 38 § 4, *De sol.*, XLVI, 3); or il n'en profiterait pas, dit-on, si l'obligation principale elle-même ne faisait que se transformer en obligation naturelle. Mais cet argument n'est pas décisif (T. II, page 364, note 2). On peut bien présumer que le fidéjusseur n'a voulu s'engager que pour la durée de l'obligation principale (2).

(1) Devait-on compter les jours intercalaires ? C'était une question discutée ic et en d'autres matières, par exemple dans celle de l'usucapion (L. 2, *De div. temp. præscr.*).

(2) Paul suppose qu'un fidéjusseur s'est obligé pour un débiteur libéré *tempore*, et il annule la fidéjussion comme déterminée par une erreur (L. 37, *De fid.*, XLVI, 1). Il la maintiendrait donc, dit-on, si elle avait été contractée en connaissance de

927. Le droit qui vient d'être exposé subsista sans changements sérieux jusqu'à l'année 424. A cette date, Théodose le Jeune rendit une constitution célèbre qui, sans toucher à la théorie des actions temporaires, décida que celles qui jusque-là étaient perpétuelles se prescriraient désormais par trente ans (L. 1, C. Th., *De act. cert. temp.*, IV, 14. — L. 3, C., *De præscr. trig. vel. quadr. ann.*, VII, 39). L'expression action perpétuelle ne fut pas pour cela bannie de la langue juridique, les Institutes nous le prouvent (pr. *sup.*), mais elle changea de sens et signifia action trentenaire. L'innovation de Théodose fut développée, et à certains égards, modifiée par des constitutions postérieures dont les principales appartiennent à Justin et à Justinien. Je vais résumer les traits essentiels de cette législation nouvelle.

En règle générale, la prescription de trente ans anéantit toutes les actions tant réelles que personnelles, qui ne s'éteignent pas par un délai plus bref. Mais j'ai déjà dit qu'appliquée aux actions réelles, elle ne déplace pas le droit de propriété et, par conséquent, n'équivaut pas à l'usucapion ou à la *longi temporis præscriptio* (n° 247)(1). Le délai de trente ans est un délai continu; à cet égard, la constitution de Théodose est formelle. Mais elle ne s'explique pas sur le point de départ des trente ans. Justin, réparant cette omission, et d'ailleurs ne faisant en cela que confirmer une jurisprudence déjà établie, le place au jour où le droit est devenu exigible (L. 7 § 4, C., *De præscr. trig. vel. quadr. ann.*)(2). Deux modes généraux d'interrompre la prescription sont

cause, d'où l'on conclut à la survie d'une obligation naturelle. Mais cette conclusion ne me paraît pas acceptable. Peut-être faut-il dire simplement que la décision de Paul est mal motivée, et que s'il suppose le fidéjusseur dans l'erreur, c'est parce que cette hypothèse est la seule qui offre un caractère de vraisemblance. Peut-être aussi doit-on admettre dans l'espèce une de ces obligations plutôt morales que naturelles qui n'empêcheraient pas la répétition d'un payement fait par erreur (T. II, p. 773, note 2), et alors le fidéjusseur qui s'engage sciemment serait un véritable débiteur principal. Pour le maintien d'une obligation naturelle, on allègue aussi un texte de Gordien qui ferait survivre le gage à l'action personnelle éteinte *tempore* (L. 2, C., *De luit. pign.*, VIII, 31). Mais en admettant, ce qui est fort douteux, que tel soit le sens du texte, on pourrait l'expliquer par cette idée que le créancier n'a été ni payé ni satisfait (n° 823).

(1) Les actions en partage donnent lieu à une observation semblable. Le copropriétaire qui a possédé seul pendant trente ans la chose commune échappe à l'action en partage (L. 1 § 1, C., *De ann. exc.*, VII, 40), mais n'a point acquis la part de son propriétaire.

(2) Quand une créance a pour objet des prestations périodiques, chaque échéance marque le point de départ d'une prescription particulière (L. 7 § 6, *De præscr. trig. vel. quadr. ann.*).

admis, l'un par Théodose lui-même, l'autre par Justin : ils consistent dans la citation en justice (*conventio*)(1) et dans l'acte par lequel le débiteur reconnaît le droit de son créancier (L. 3 § 1 ; L. 7 § 5, *eod. tit.*)(2). Pour le cas spécial où la prescription court au profit d'un absent, d'un *infans* sans tuteur ou d'un fou sans curateur, Justinien créa un troisième mode d'interruption que j'ai déjà fait connaître à propos de l'usucapion (n° 247)(3).

928. La règle générale posée par Théodose comporte trois ordres d'exceptions :

1° Aux termes même de la constitution de Théodose (§ 2), la prescription est suspendue en faveur des impubères. Donc s'agit-il d'un droit né en leur personne, elle ne commence à courir qu'au jour où ils atteignent l'âge de puberté. S'agit-il d'un droit qui leur compète à titre d'héritiers, elle est arrêtée par le décès de leur auteur, mais aussitôt qu'ils deviennent pubères, elle reprend son cours comme si le temps intermédiaire n'eût pas existé.

A. 2° Aucune prescription n'est admise contre le fisc en ce qui concerne les impôts et charges de toute nature qui peuvent grever la propriété immobilière. Pour des raisons toutes différentes et beaucoup plus juridiques, l'emphytéote, le preneur et le mandataire ne prescrivent jamais, en ce sens que la restitution des choses par eux détenues à ces divers titres peut toujours leur être demandée, à quelque époque qu'aient fini l'emphytéose, le bail ou le mandat. Ces deux décisions appartiennent l'une à l'empereur Anastase, l'autre à son successeur Justin (L. L. 6 et 7 § 6, C., *De præscr. trig. vel. quadr. ann.*). J'ajoute que d'après la constitution de Théodose, l'action *finium regundorum* était imprescriptible, et il en était de même de l'action hypothécaire, tant que le bien grevé restait aux mains du débiteur. De ces deux dérogations au droit commun, la première se justifiait par la nature des choses; néanmoins Justinien la fit disparaître (L. 1 § 1, C., *De ann. exc.*, VII, 39). La seconde offrait cette bizarrerie de laisser subsister une hypothèque qui s'appuyait sur une obligation

(1) Soit une citation vague dont la cause n'est point indiquée. Justinien veut qu'elle interrompe toutes les prescriptions qui couraient au profit du défendeur contre le demandeur (L. 3, C., *De ann. exc.*).

(2) Le débiteur qui paye des intérêts reconnaît évidemment sa dette et interrompt la prescription (L. 8 § 4, *De præscr. trig. vel quadr. ann.*).

(3) La prescription est également interrompue au profit du créancier hypothécaire qui, sans violence, entre en possession de la chose grevée (L. 7 § 5, *De præscr. trig. vel quadr. ann.*).

éteinte. Justin l'atténua, mais sans rentrer dans la logique, en décidant que, dans l'espèce, la prescription de l'action hypothécaire exigerait seulement dix ans de plus que la prescription de l'action personnelle (L. 7 pr. et § 1, C., *De præscr. trig. vel. quadr. ann.* — nº 288 *in fine*) (1).

A. 3º Il y a un certain nombre d'actions qui ne se prescrivent que par un délai de quarante ans. Comme telles, je citerai : 1º l'action hypothécaire, non seulement quand elle compète contre le débiteur lui-même ou contre ses héritiers, mais aussi quand elle est donnée contre un créancier hypothécaire inférieur et que le débiteur commun vit encore. Le créancier détenteur est alors réputé représenter ce débiteur. Le même délai de quarante ans est admis dans la même hypothèse en ce qui concerne le *jus offerendi* que le créancier inférieur peut exercer dans ses rapports avec le créancier qui lui est préférable (L. 7 §§ 2 et 3, C., *De præscr. trig. vel. quadr. ann.*); 2º les actions qui ont fait l'objet d'une instance périmée. Nous avons vu que sous Justinien le délai de quarante ans ne court que du jour du dernier acte de procédure (L. 9, C., *De præscr. trig. vel quadr. ann.* — nº 786); 3º les actions qui appartiennent aux églises et aux établissements que Justinien appelle ailleurs *loci venerabiles* (nov. 111) (2).

J'ai déjà dit que la constitution de Théodose ne modifia pas l'ancienne théorie des actions temporaires. Mais bien avant lui, probablement depuis que la procédure extraordinaire était devenue le droit commun, la *litis contestatio* avait cessé d'être nécessaire pour interrompre la prescription : la *conventio* suffisait (T. II, page 909). Une autre innovation beaucoup plus importante fut introduite par Justinien : il décida qu'aucune des prescriptions dont la durée était inférieure à trente ne courrait contre les mineurs de vingt-cinq ans. J'ai déjà signalé cette disposition à propos de la prescription acquisitive de dix ou vingt ans (nº 247).

(1) Pour expliquer la survie de l'action hypothécaire à l'action personnelle, quelques interprètes ont admis que la prescription de trente ans laisse subsister une obligation naturelle. Cette doctrine pourrait aller avec la décision de Théodose, mais elle ne va plus avec celle de Justin. J'aime donc mieux voir dans le maintien de l'hypothèque une simple anomalie (T. II, p. 1024,). Une raison décisive m'empêche de croire que les prescriptions de trente et de quarante ans ne fassent que transformer l'obligation civile en obligation naturelle : c'est qu'alors elles auraient un effet moins plein que la prescription annale.

(2) Cette novelle en abroge une autre (nov. 9), d'après laquelle il fallait cent ans pour prescrire contre les églises.

DE LA TRANSMISSIBILITÉ ACTIVE ET PASSIVE DES ACTIONS.

Lib. IV, tit. XII, *De perpetuis et temporalibus actionibus, et quæ ad heredes et in heredes transeunt*, § 1. — Non omnes autem actiones quæ in aliquem aut ipso jure competunt aut a prætore dantur, et in heredem æque competunt aut dari solent. Est enim certissima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in heredem rei non competere, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ. Sed heredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur, excepta injuriarum actione, et si qua alia similis inveniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, quum testator dolose versatus sit, et ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenerit. Pœnales autem actiones, quas supra diximus, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatæ, et heredibus dantur, et contra heredes transeunt (Gaius, IV, §§ 112 et 113).

Mais les actions dont une personne est tenue d'après le droit ui même ou que le préteur donne contre elle ne sont pas toutes établies ou données contre ses héritiers. C'est en effet une règle de droit constante que les actions pénales nées des délits ne compètent pas contre les héritiers du délinquant. Telles sont les actions *furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ*. Mais de telles actions compètent aux héritiers : on ne leur refuse que l'action d'injures et celles qui peuvent y ressembler. Parfois cependant il arrive qu'une action née d'un contrat ne compète pas contre l'héritier ; c'est lorsque le testateur a commis un dol dont son héritier n'a tiré aucun profit. Au surplus les actions pénales dont nous avons parlé passent aux héritiers et contre les héritiers, lorsqu'il y a eu *litis contestatio* entre les parties originaires.

929. Dire qu'une action est transmissible activement ou passivement, cela signifie qu'elle peut être intentée par les héritiers ou contre les héritiers de celui qui le premier en a été investi ou tenu. La transmissibilité passive est admise moins largement que la transmissibilité active. Il faut donc séparer les deux matières.

Transmissibilité active. — C'est un principe général que les actions qui appartenaient au défunt appartiennent aussi à son héritier, principe tellement évident que les Institutes de Gaius (IV, § 112) et de Justinien (§ 1 *sup.*) ne prennent pas même la peine de le poser. Elles se bornent à constater qu'on y déroge relativement à l'action d'injures et à d'autres actions semblables. Si l'action d'injures meurt

avec l'offensé, c'est qu'elle dérive d'un intérêt plutôt moral que pécuniaire; comme le dit Paul, *magis vindictæ quam pecuniæ habet persecutionem* (L. 2 § 4, *De coll.*, XXXVII, 6). Donc les actions semblables auxquelles Gaius et Justinien font allusion sans les nommer sont celles qui reposent sur un intérêt de même nature, comme la *querela inofficiosi testamenti* (n° 338) (1) et la *condictio ex lege* fondée sur l'ingratitude d'un donataire (n° 305, *in fine*). Telle est aussi l'action pénale donnée au patron et à l'ascendant qui ont été appelés *in jus* sans la permission du magistrat (L. 24, *De in jus voc.*, II, 4. — n° 749 *in fine*). Mais ces exceptions ne sont pas les seules que la règle comporte : il y en a quelques autres qui s'expliquent par des motifs tout différents. Ainsi nous ne transmettons à nos héritiers ni l'action qui a pour objet une servitude personnelle déjà constituée ou simplement due (n° 279), ni celle qui résulte d'une *adstipulatio (*n° 558, *in fine*). Je rappelle également que l'action *rei uxoriæ* est refusée aux héritiers de la femme qui est morte après le divorce sans avoir mis son mari en demeure (n° 835), et j'ajoute que l'action *ad exhibendum* ne compète jamais à l'héritier qu'en son propre nom, car elle est fondée sur un intérêt tout personnel et actuel (L. 12 § 6, *Ad exhib.*, X, 4).

Transmissibilité passive. — Les Institutes de Gaius et de Justinien ne s'occupent ici que des actions personnelles. Dans cette limite, une distinction qui nous est déjà connue doit être faite entre les actions pénales et les actions contractuelles. Les actions pénales s'éteignent par la mort de celui qui les a fait naître, et cela parce que les peines ne doivent frapper que des coupables (L. 111 § 1, *De reg. jur.*, L, 17). J'ai déjà dit que cette règle s'étend même aux actions mixtes et aux actions pénales *a parte rei tantum*, et que dans plusieurs de ses applications elle encourt des critiques fondées sur ce que les Romains ont donné beaucoup trop d'extension au sens des mots *délit*,et *peine* (n°s 855 et 857). Du reste, si l'équité ne permet pas que l'héritier souffre des délits de son auteur, elle ne permet pas non plus qu'il en bénéficie. Aussi une jurisprudence confirmée par des rescrits impériaux admit-elle que l'héritier serait toujours tenu de restituer la totalité de son profit (L. 35 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7. — L. L. 38 et 44, *De reg. jur.* — L. 6 pr., *De cal.*, III, 6. — L. 15

(1) Je rappelle que l'on n'admit pas sans discussion la transmissibilité active de l'action tendant à réclamer la quarte Antonine (T. I, p. 255, note 1).

§ 2, *Quod met. caus.*, IV, 2) (1). Quant aux actions contractuelles, la transmissibilité passive est la règle. Toutefois Gaius (IV, § 112) nous rappelle que, par exception, l'héritier d'un *sponsor* ou d'un *fidepromissor* n'est pas tenu (2).

Reste à nous demander comment nous traiterons les actions réelles. Or, la vérité est qu'elles ressemblent aux actions contractuelles en ce qu'elles survivent au décès de celui qui en était tenu, car il serait absurde que la mort du possesseur ôtât au propriétaire le droit de revendiquer. Mais, d'autre part, elles ressemblent aux actions pénales en ce qu'elles ne comptent pas parmi les actions héréditaires, et cela tient à ce qu'elles dérivent, selon l'expression de Paul, *ex præsenti possessione* (L. 24 § 2, *De jud.*, V, 1). L'héritier n'en est donc tenu qu'autant qu'il possède et comme le serait un possesseur quelconque (nº 801).

(1) A quelle époque faut-il se placer pour apprécier le profit de l'héritier? Sera-ce au jour de la *litis contestatio*, comme le dit un texte relatif à l'action *quod metus causa* (L. 20, *Quod met. caus.*, IV, 2)? ou bien tiendrons-nous pour définitif le profit dont l'héritier se sera trouvé en possession à un moment quelconque? En ce second sens, il y a un texte général de Paul (L. 127, *De reg. jur.*). J'estime que les deux points de vue sont trop absolus. Si le profit consiste en un corps certain, il me paraît difficile de mettre les cas fortuits à la charge de l'héritier. Si, au contraire, le profit consiste en une somme d'argent, il est assez naturel de le réputer définitif. Dans tous les cas, au surplus, l'héritier est responsable des faits et négligences par lesquels il aurait diminué ou perdu son enrichissement (L. 17, *Quod met.*).

(2) Justinien ne pouvait pas reproduire cette exception, il l'a remplacée par une énigme (§ 1 *sup.*). L'action dont un contractant est tenu à raison de son dol ne passe pas, nous dit-il, contre l'héritier qui n'a tiré aucun profit de ce dol. Qu'est-ce que cela peut signifier? Car, de deux choses l'une : ou la responsabilité du dol est comprise dans le contrat, ou elle ne l'est pas. Au premier cas, l'héritier peut être poursuivi à raison du dol du défunt, mais cela est conforme au droit commun, puisque l'action est contractuelle; au second cas, l'héritier n'est pas tenu du dol du défunt, mais ici encore nous restons dans le droit commun, puisque ce dol n'est sanctionné que par l'action *de dolo* qui est pénale. D'après Théophile (sur le § 1 *sup.*), Justinien se placerait dans l'hypothèse d'un dépôt et voudrait dire que le dépositaire ayant fait périr la chose par dol, son héritier n'est pas tenu. Mais cette explication est contredite par des textes tout à fait formels, où nous voyons que le dol du dépositaire retombe toujours sur son héritier (L. 7 § 1, *Dep.*, XVI, 3. — L. L. 12 et 49, *De obl. et act.*, XLIX, 7). Aussi nombre d'interprètes ont-ils pensé que Justinien et Théophile se réfèrent seulement au *depositum miserabile*, et veulent dire que lorsque, dans une telle espèce, le dol du dépositaire a rendu la restitution impossible, l'action *depositi* qui compèterait au double contre lui, ne peut être donnée qu'au simple contre son héritier. Cette idée est vraie en elle-même (nº 598), mais elle n'explique pas le texte des Institutes : si, en effet, l'action *depositi miserabilis* emporte condamnation au double en cas de dol, c'est qu'alors elle dérive pour moitié *ex contractu*, pour moitié *ex delicto* (T. II, p. 1101, note 1).

La même observation doit être appliquée aux actions personnelles qui, comme les actions noxales et *ad exhibendum*, ne compètent que contre le possesseur (L. 42 § 2, *De nox. act.*, IX, 4. — n° 825, *in fine*) (1).

Remarquons en terminant que la *litis contestatio* produit ici un effet semblable à celui que nous avons déjà constaté pour les actions temporaires. Grâce au changement qu'elle opère dans la cause du droit, elle assure la transmissibilité, soit active, soit passive, de toutes les actions qui, non encore exercées, n'auraient pas pu être données aux héritiers ou contre les héritiers (L. 139 pr.; L. 164, *De reg. jur.*) (2). Dans la procédure extraordinaire, bien que les Institutes reproduisent la règle sous sa forme ancienne (§ 1 *sup. in fine*), cet effet résulte de la simple *conventio* (T. II, p. 929) (3), et il s'explique par une idée moins subtile que celle du droit classique, c'est que les lenteurs nécessaires de la justice ne doivent pas influer sur les résultats d'une action.

DE LA REPRÉSENTATION JUDICIAIRE.

Lib. IV, Tit. x, *De iis per quos agere* (4) *possumus*, pr. — Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet hominem aut suo nomine, aut alieno : alieno, veluti procuratorio, tutorio, curatorio, quum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro li-

Maintenant nous devons savoir que toute personne peut plaider ou pour soi-même ou pour autrui : pour autrui, c'est-à-dire comme procureur, tuteur ou curateur, tandis qu'autrefois la règle était que l'on ne pouvait pas plaider pour autrui, si ce n'est *pro populo*, *pro*

(1) Supposons que dans ces diverses hypothèses le possesseur ait perdu la possession par dol et se soit enrichi. Si ses héritiers ont profité de cet enrichissement, ils sont tenus de le restituer (L. 52, *De rei vind.*, VI, 1. — L. 12 § 6, *Ad exhib.*, X, 4).

(2) Dans le cas particulier où il s'agit d'une action qui ne compète que contre le possesseur, si celui-ci meurt *post litem contestatam*, ses héritiers ne peuvent être condamnés qu'autant que leur auteur a commis un dol ou une faute *pendente judicio* ou à raison de leur propre possession (L. 42, *De rei vind.*).

(3) Je crois que telle était déjà la règle suivie dans les *cognitiones extra ordinem* de l'époque classique. Un texte de Paul dit, en effet, que lorsque le délinquant a été *conventus*, la peine se transmet contre ses héritiers *quasi lite contestata* (L. 33, *De obl. et act.*, XLIV, 7). Or, selon toute probabilité, ce texte se rapporte à des délits fiscaux qui étaient poursuivis *extra ordinem*.

(4) En toute cette matière, le mot *agere*, élargissant son sens ordinaire, signifie tout aussi bien *défendre* que demander. On peut le traduire d'une façon générale par *plaider*.

bertate, pro tutela. Præterea lege Hostilia permissum est furti agere eorum nomine qui apud hostes essent, aut reipublicæ causa abessent, quive in eorum cujus tutela essent. Et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare; nam et morbus, et ætas, et necessaria peregrinatio, itemque aliæ multæ causæ sæpe impedimento sunt quominus rem suam exsequi possint (Gaius, IV, § 82).

libertate, pro tutela. En outre, la loi Hostilia permettait d'exercer l'action *furti* pour ceux qui étaient captifs chez les ennemis, absents dans un intérêt public, ou sous la tutelle de personnes qui se trouvaient elles-mêmes dans l'une de ces deux situations. Mais comme il y avait de graves inconvénients à ne pas permettre d'agir ou de défendre au nom d'autrui, l'usage s'introduisit de plaider par des procureurs; en effet, la maladie, l'âge, la nécessité des voyages et beaucoup d'autres causes nous empêchent souvent de poursuivre nous-mêmes une affaire qui nous intéresse.

§ 1. — Procurator neque certis verbis neque præsente adversario, imo plerumque ignorante eo constituitur : cuicumque enim permiseris rem tuam agere aut defendere, is procurator intelligitur (Gaius, IV, § 84).

La constitution d'un procureur se fait sans paroles déterminées et n'exige pas que l'adversaire soit présent, souvent même elle a lieu à son insu; en effet, toute personne à qui vous permettez d'agir ou de défendre pour vous est réputée votre procureur.

§ 2. — Tutores et curatores quemadmodum constituuntur, primo libro expositum est (Gaius, IV, § 85).

Quant aux tuteurs et aux curateurs, la façon dont on les constitue a été exposée au premier livre.

Lib. IV, Tit. XIII, *De exceptionibus*, § 11. — Præterea etiam ex persona dilatoriæ sunt exceptiones, quales sunt procuratoriæ. Veluti si per militem aut mulierem agere quis velit : nam militibus, nec pro patre vel matre vel uxore, nec ex sacro rescripto, procuratorio nomine experiri conceditur; suis vero negotiis superesse sine offensa disciplinæ possunt. Eas vero exceptiones quæ olim procuratoribus propter infamiam vel dantis vel ipsius procuratoris opponebantur, quum in

En outre, il y a des exceptions dilatoires à raison de la personne; telles sont celles que l'on tire de la condition d'un procureur, par exemple si quelqu'un veut agir par l'intermédiaire d'un militaire ou d'une femme : car les militaires ne peuvent jamais agir comme procureurs, pas même pour leur père, leur mère ou leur femme, et cela quand même un rescrit impérial les y autoriserait; mais ils peuvent agir pour leur propre compte sans blesser la discipline. Quant aux excep-

judiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiescere sancimus, ne dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.

tions que l'on opposait jadis à raison de l'infamie de celui qui avait donné ou reçu la procuration, voyant qu'elles n'étaient point usitées dans la pratique, nous les supprimons, afin que les débats qu'elles soulèvent ne fassent pas traîner en longueur l'affaire elle-même.

930. Plaçons-nous d'abord à l'époque des *legis actiones*. La vieille règle *nemo alieno nomine lege agere potest* nous est déjà connue, et j'en ai dit la raison d'être (nº 740). Elle signifie que nul ne pouvait figurer au nom d'autrui dans les solennités de la *legis actio*, ni, par conséquent, dans l'instance judiciaire qui s'engageait ensuite. Ainsi, ou l'on ne plaidait pas ou l'on plaidait soi-même. Gaius (IV, § 82) nous avertit que cette règle rigoureuse comportait certaines exceptions, et Justinien nous les indique (pr. *sup.*). On pouvait plaider pour autrui dans les quatre cas suivants : 1° *pro populo*. — L'hypothèse est celle d'un procès qui intéresse le peuple, personne de création légale, par conséquent incapable d'agir par elle-même (1). Ce motif ne permet guère de douter que l'on dérogeât aussi au droit commun en ce qui concerne les cités et autres personnes morales; 2° *pro libertate*. — Il s'agit ici de *l'assertio libertatis* (nº 797); 3° *pro tutela*. — Sans aucun doute l'hypothèse est celle d'un tuteur qui agit lui-même au lieu d'autoriser l'action du pupille (2). Mais cela veut-il dire que primitivement le tuteur pût librement choisir entre ces deux partis, comme il le peut à l'époque classique? évidemment non : le tuteur agissait pour le pupille *infans* ou absent, c'était une nécessité (3) ; mais en dehors de

(1) D'après quelques interprètes, *agere pro populo*, ce serait intenter une action publique ou simplement populaire. Mais cela n'est point admissible. Les actions publiques appartiennent au droit criminel dont Justinien ne s'occupe pas ici. Quant aux actions populaires, celui qui les exerce se les approprie par cela même et en a le bénéfice; il n'agit donc pas véritablement pour le compte d'autrui (L. 43 § 1, *De proc.*, III, 3).

(2) Cette explication n'est pas celle de Théophile (sur le *pr. sup.*). Selon lui, il faut supposer que deux citoyens se disputent une tutelle : celui des deux qui succombera aura agi *alieno nomine*. Mais, à ce compte, on arriverait à dire qu'en tout procès l'une des parties agit *alieno nomine*. Du reste, à l'hypothèse que je donne, on peut en ajouter une autre. Celui qui intente le *suspecti crimen* agit certainement *alieno nomine* (L. 20 pr., *De app.*, XLIX, 1). Pourquoi ne dirait-on pas qu'il agit *pro tutela?*

(3) La même nécessité exigeait que le curateur d'un *furiosus* pût agir à la place

ces cas, il n'y avait pas de raison pour sortir du droit commun ; 4° dans l'hypothèse prévue par la loi Hostilia. — Cette loi dont nous ignorons la date suppose un vol commis alors que le propriétaire ou son tuteur sont absents *rei publicæ causa* ou captifs. Dans de telles circonstances, toute personne peut exercer l'action *furti* au nom du véritable intéressé.

Malgré ces restrictions, la règle *nemo alieno nomine lege agere potest* était à la fois gênante et dangereuse : gênante, car selon la remarque des Institutes, l'âge, la maladie, l'absence et bien d'autres causes peuvent nous empêcher d'agir ou de répondre à une poursuite; dangereuse, supposons en effet qu'une action fût temporaire, non transmissible activement ou passivement, qu'elle eût pour objet une servitude menacée de s'éteindre par le non usage ou une chose possédée de bonne foi par un tiers : dans tous ces cas, l'action risquait d'être perdue sans avoir pu être exercée, danger d'autant plus sérieux que pendant longtemps l'*in integrum restitutio* fut inconnue. Une telle règle devait donc disparaître avec le formalisme des *legis actiones* dont elle n'était qu'une conséquence (1).

931. Dans le droit classique, on plaide pour autrui à divers titres, savoir : comme tuteur, curateur, *cognitor* ou *procurator* (Gaius, IV, § 82) (2). Ce que c'est qu'un tuteur et un curateur, nous l'avons vu (§ 2 *sup.*). Reste à faire connaître le *cognitor* et le *procurator*.

Sur le *cognitor*, nous ne sommes bien renseignés que depuis la découverte des Institutes de Gaius et des *fragmenta vaticana*. C'est essentiellement un mandataire que l'une des parties se substitue pour la conduite du procès. La constitution de ce mandataire est soumise à quatre règles particulières : 1° elle exige la présence des deux parties intéressées. Quant au *cognitor* lui-même, sa présence n'est pas nécessaire (3), mais évidemment le mandat reste en suspens jusqu'à son acceptation (Gaius, IV, § 83) ; 2° la volonté du mandant doit être

de celui-ci, et peut-être que le mot *tutela* embrasse ici à la fois la tutelle et la curatelle.

(1) On sait qu'à l'époque classique, les formes du *sacramentum* étaient encore usitées dans certains actes de juridiction gracieuse. La règle *nemo alieno nomine lege agere potest* subsista donc dans la mesure restreinte où la *legis actio* elle-même se maintint. Mais, quoique nous la trouvions reproduite au Digeste (L. 123 pr., *De reg. jur.*, L, 17), elle n'a plus de sens sous Justinien..

(2) A cette énumération, il faut ajouter les représentants des personnes morales.

(3) Ceci est contredit par Festus (*v° cognitor*) ; mais en de telles matières, l'autorité d'un grammairien ne saurait balancer celle de Gaius.

exprimée en termes solennels (*certis verbis*). Les formules les plus régulières sont celles-ci : *quod ego a te fundum peto*, ou *quod tu a me fundum petis, in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do* (Gaius, IV, § 83) (1) ; 3° ces formules sont prononcées *in jure*. Gaius ne le dit pas expressément ; mais cela n'est-il pas indiqué par es mots *peto, petis ?* Et d'ailleurs, l'*interpretatio* d'une loi du code Théodosien (L. 7, *De cogn. et proc.*, II, 12) porte que le *cognitor* est désigné *præsente judice*, le mot *judex* équivalant, dans la langue du ve siècle, à *magistratus ;* 4° enfin, à raison des termes employés pour la constitution du *cognitor*, elle exclut l'apposition d'une condition quelconque, mais elle comporte sans difficulté la condition tacite (*Fr. Vat.*, § 329), et en fait elle est forcément affectée d'une condition de cette espèce quand le *cognitor* n'est pas présent ou informé. — J'ajoute que très probablement le *cognitor*, une fois constitué, ne peut être révoqué, même *ante litem contestatam*, par la seule volonté du mandant, sans cela on ne comprendrait pas bien les différences d'effets qu'il y a entre la *cognitio* et la simple *procuratio*.

Quant au *procurator*, le plus souvent c'est, comme le *cognitor*, un véritable mandataire, mais un mandataire dont la constitution n'exige aucune espèce de formes. Quelquefois aussi c'est un simple gérant d'affaires (Gaius, IV, § 84) (2). La distinction de ces deux hypothèses offre un sérieux intérêt. Le *procurator* est-il pourvu d'un mandat : quelque rôle qu'il joue dans le procès, le droit porté en justice périt par la *litis contestatio*, de sorte que l'exception *rei in judicium deductæ* paralyse dans tous les cas la nouvelle poursuite qui serait exercée par le *dominus litis* ou contre lui, et tel est également le résultat de l'action où figure un tuteur, un curateur, ou un *cognitor*. Supposons, au contraire, que le *procurator* plaide sans mandat : si c'est comme défendeur, il épuise le droit litigieux ; si c'est comme demandeur, il le laisse intact, et le *dominus litis* a toute liberté de ne pas ratifier le résultat du procès et de renouveler l'action. Cette distinction tient à ce que le fait d'un tiers suffit pour nous libérer, non pour nous ôter un droit (Gaius, IV, § 98. — L. 27 pr.; L. 66, *De proc.*,

(1) On n'apportait pas ici le rigorisme étroit des *legis actiones*, et l'on admettait que ces formules se prêtaient à certaines modifications ; notamment on pouvait les prononcer en grec (*Fr. vat.*, §§ 318 et 319).

(2) Gaius constate ici une petite controverse. Le point douteux n'était pas de savoir si l'on pouvait plaider pour autrui comme gérant d'affaires, mais si le gérant d'affaires devait être compris sous la dénomination de *procurator*.

III, 3. — L. 11, § 7, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2), et elle aboutit à une conséquence importante : c'est qu'en règle générale la justification d'un mandat peut être exigée de celui qui se présente au nom d'autrui comme demandeur (1), mais non de celui qui vient simplement défendre (L. 8 pr., *De neg. gest.*, III, 5. — L. 35 pr. ; L. § 4, *De proc.* — L. 3 § 3, *Jud. solv.*, XLVI, 7. — L. 12, C., *De proc.*, II, 13).

932. Demandons-nous maintenant si quiconque a la capacité générale de contracter peut jouer les rôles de *cognitor* et de *procurator* ou se faire représenter à ces titres. Il y a là deux questions distinctes.

Aux termes de l'édit du préteur, ceux qui sont incapables de plaider *cognitorio* ou *procuratorio nomine* se divisent en trois classes : 1° les uns ne peuvent pas même plaider pour leur propre compte. Ce sont notamment les *pueri*, c'est à dire les jeunes gens qui n'ont pas dix-sept ans révolus (2), les sourds et les muets (L. 1 § 3, *De post.*, III, 1. — L. 43 pr., *De proc.*, III, 3) ; 2° d'autres peuvent plaider pour eux-mêmes, mais non pour autrui. Ce sont les femmes (3), les aveugles (L. 1 § 5, *De post.*) (4), les militaires (L. 7, C., *De proc.*, II, 13), et certains individus frappés d'infamie pour des causes particulièrement graves, par exemple ceux qui ont été condamnés pour crime capital ou comme auteurs d'une accusation publique calomnieuse, ou qui ont loué leurs services pour lutter contre les bêtes féroces (L. 1 § 6, *De post.*) ; 3° enfin il y en a d'autres qui peuvent plaider soit pour eux-mêmes, soit pour certaines personnes limitativement désignées. Ce sont tous les infâmes non compris dans la précédente catégorie (L. 1 §§ 8 et 12, *De post.*) (5). Au surplus, par cela même que l'on est capable de plaider pour son propre compte, on est également capable de plaider soit comme *procurator in rem suam*

(1) Les textes qui vont être cités prouvent que cette règle ne s'applique pas absolument à toutes personnes.

(2) Nous trouvons ici un reste de la législation de Servius Tullius qui fixait la puberté des hommes à l'âge de dix-sept ans (n° 82).

(3) Pendant longtemps l'incapacité des femmes résulta des mœurs plutôt que de la législation (T. II, p. 388, note 1). Le préteur n'intervint qu'à l'occasion de scandales donnés par une femme que le Digeste appelle Carfania (L. 1 § 5, *De post.*), mais dont le vrai nom était probablement Afrania et qui mourut en l'an de Rome 705 (Val. Max., VIII, 3). Cette incapacité était absolue. Une femme ne pouvait pas plaider même pour son fils ou son mari (L. 31 § 6, *De neg. gest.*, III, 5. — LL. 4 et *De proc.*). Voir pourtant L. 41, *De proc.*

(4) Le motif donné à l'égard des aveugles est bien bizarre : ils ne peuvent pas, dit Ulpien, *insignia magistratus videre et revereri.* Mais alors pourquoi ne leur défend-on pas aussi de plaider pour eux-mêmes (Cic., *pro Cecina*, 19)?

(5) L'*assertio libertatis* n'est pas interdite aux infâmes.

(LL. 4 et 9, C., *De proc.*,— n° 641), soit au nom des personnes dont on a la tutelle ou la curatelle (L. 1 § 6; L. 6 pr., *De post.*). Quant aux personnes qui ne peuvent constituer un *cognitor* ou un *procurator*, ce sont les infâmes (§ 11 *sup.*) (1). Ces dispositions ne sont pas sanctionnées d'une manière uniforme. Si le représentant incapable ou constitué par un incapable se présente comme demandeur, la sanction consiste dans les exceptions *cognitoriæ* ou *procuratoriæ* (n° 898, L. 19 § 2, *De prob.*, XXII, 3) (2). Que s'il se présente comme défendeur, une exception ne se conçoit plus ; mais évidemment l'adversaire peut refuser d'engager le débat jusqu'à ce que le véritable intéressé change de représentant ou vienne défendre lui-même. J'ajoute que toutes ces incapacités sont d'ordre public (L. 7, *De post.*), et qu'en conséquence, malgré le silence de la partie qui aurait le droit de s'en prévaloir, le magistrat peut et doit dans tous les cas refuser la formule. Cependant, la *litis contestatio* une fois engagée, toute sanction disparaît et la procédure devient régulière (L. 8 § 2, *De proc.*).

933. Dans tous les cas où une personne plaide pour autrui, à quelque titre que ce soit, et quelque rôle qu'elle joue dans le procès, la conception de la formule est identique à celle de l'action Rutiliana donnée au *bonorum emptor* (n°s 484 et 790). Il faut avec Gaius (IV, §§ 86 et 87) en analyser l'*intentio* et la *condemnatio*.

La rédaction de l'*intentio* reste ce qu'elle serait si le représenté agissait lui-même. En effet, c'est toujours lui qui est propriétaire, créancier ou débiteur, c'est donc lui que l'*intentio* désigne comme tel, et si, par hasard, elle nommait à sa place le représentant, rien ne serait déduit *in judicium* (T. II, p. 1136, note 1) (3). Mais ce qui

(1) L'édit du préteur, à en juger par le compte-rendu d'Ulpien (L. 4, *De post.*), ne parlait ici ni des esclaves ni des fils de famille. Quant aux esclaves, ce sont des choses : figurer en justice pour eux-mêmes ou pour autrui, ou s'y faire représenter, tout cela leur est interdit, à peine de nullité de toute la procédure et du jugement (L. 44 § 1, *De jud.*, V, 1. — LL. 6 et 7, C., *De jud.*, III, 1). Quant aux fils de famille, en règle générale, et sauf certaines exceptions (n°s 297 et 794), ils ne peuvent pas plaider en leur nom comme demandeurs; mais c'est bien moins là une incapacité proprement dite qu'une conséquence de ce qu'ils n'ont point de patrimoine. Aussi leur est-il permis de se faire représenter en justice dans les cas exceptionnels où eux-mêmes plaideraient valablement, et sans difficulté ils sont aptes à plaider pour autrui aussi bien comme demandeurs que comme défendeurs (L. 8 pr., *De proc.*).

(2) Ces exceptions n'étaient-elles pas aussi nécessaires lorsque le *procurator ad agendum* n'avait pas de mandat? Plusieurs textes le disent (L. 62, *De proc.* — L. 23, *Rat. rem hab.*, XLVI, 8.).

(3) Quand l'action est réelle et que le représentant plaide comme défendeur ni lui ni le représenté ne sont nommés dans l'*intentio*, et cela est conforme au droit

est vrai de l'*intentio* ne l'est pas et ne pouvait pas l'être de la *condemnatio*. En effet, dans le contrat qui se forme par la *litis contestatio*, c'est le représentant qui est partie, c'est lui qu'elle rend créancier ou débiteur. C'est donc lui qui, demandeur, sollicite une condamnation, et défendeur une absolution, et par conséquent c'est son nom qui figure dans la *condemnatio* (1). Ainsi, prise dans son ensemble, la formule signifie que la condamnation dépend du droit ou de l'obligation du représenté, mais qu'elle sera prononcée en faveur ou à la charge du représentant. Par cette analyse, nous voyons tout de suite qu'à partir de la *litis contestatio* le représentant plaide en quelque sorte *suo nomine* et devient *dominus litis* (2); nous nous expliquons aussi que la *litis contestatio* puisse servir à exécuter une délégation (T. II, p. 717), et que Paul appelle *expromissor* celui qui défend au nom d'autrui (L. 110 § 1, *De reg. jur.*).

Revenant particulièrement sur la rédaction de l'*intentio*, nous en conclurons que les résultats du procès, envisagés en eux-mêmes et abstraction faite des personnes, doivent être ce qu'ils seraient si le véritable intéressé plaidait lui-même. Et en effet nous lisons dans un texte d'Ulpien : *defendere est eamdem vicem quam reus subire* (L. 51 § 1, *De proc.*). Donc le représentant opposera ou se verra opposer tous les moyens qui compétaient au représenté ou contre lui.

Quant à la rédaction de la *condemnatio*, elle nous prouve que régulièrement c'est le représentant lui-même qui, devenu *dominus litis*, est investi ou tenu de l'action *judicati*, et par conséquent aussi des voies d'exécution (3). Cependant la règle générale est que le représenté doit en définitive profiter ou souffrir des résultats du procès. Il aura donc un recours à exercer ou à subir, et de là des lenteurs et des

commun (nos 758. — Gaius, IV, § 87). La formule est donc rédigée dans cette hypothèse comme si les deux parties agissaient pour elles-mêmes.

(1) Gaius ne nous dit pas quel est le nom qui figure dans le *demonstratio*, et, s'il y a lieu, dans l'*adjudicatio*. Mais l'hésitation n'est pas possible. La *demonstratio* doit nommer le représenté, et l'*adjudicatio* le représentant.

(2) De cette idée les textes tirent plusieurs conséquences. Ainsi à partir de la *litis contestatio*, le mandat *ad litem* échappe aux causes ordinaires de révocation du mandat; le mandataire peut *cognita causa* se substituer une personne de son choix, et vaincu, appeler *per procuratorem*. Pareillement, s'il est demandeur, l'exception *doli moli* insérée dans la formule comprend le dol qu'il commettrait dans l'instance (LL. 11, 22 et 23, C., *De proc.* — L. 11 pr., *De dol, mal. et met. exc.*, XLIV, 4. — L. 4 § 5, *De app.*, XLIX, 1).

(3) C'est donc improprement que l'on parle ici de représentation et de représentants. Mais pour mettre ces mots de côté il faudrait en trouver d'autres plus exacts et aussi généraux.

dangers déjà signalés à propos de la tutelle et du mandat (nos 145 et 636). Aussi le principe ne fut-il jamais appliqué dans toute sa rigueur, et des modifications progressives finirent par le réduire à peu de chose. Plaçons-nous successivement dans les divers cas de représentation : 1° soit d'abord un *cognitor*. Comme ses pouvoirs sont absolument certains, l'édit du préteur décide d'une manière générale, et abstraction faite de l'hypothèse d'une *cognitio in rem suam*, que l'action *judicati* ne sera donnée qu'au *dominus litis* ou contre lui, sans doute comme action utile (*Fr. Vat.*, § 317). Nous nous expliquons ainsi que la *cognitio*, toute compliquée qu'elle fût dans ses formes, ait été longtemps beaucoup plus pratique que la *procuratio*. Elle dominait encore au temps de Gaius, si nous en jugeons par ce fait que les commentaires de ce jurisconsulte (IV, § 124) mentionnent les exceptions *cognitoriæ* et non les exceptions *procuratoriæ* (1); 2° quant au *procurator*, c'est à lui seul et contre lui seul que l'édit donnait l'action *judicati*. Mais le motif même qui dès l'origine avait fait écarter cette doctrine relativement au *cognitor* devait amener ici une distinction entre le *procurator præsentis* et le *procurator absentis*. Le mandat de l'un est certain. Le mandat de l'autre peut-être n'a jamais existé ou a cessé sans qu'on le sache. On devait donc décider que le *procurator præsentis* serait *loco cognitoris* et que le principe ancien ne resterait applicable qu'au *procurator absentis* et au *procurator in rem suam*, et tel est en effet le dernier état du droit classique (*Fr. Vat.*, §§ 317, 331, 332. — L. 61, *De proc.* — L. 4 pr., *De re jud.*, XLII, 1); 3° si nous passons aux tuteurs et aux curateurs, nous savons déjà que lorsqu'ils sortent de fonction, toutes les actions qui ont pris naissance en leur personne se trouvent transportées comme actions utiles à ceux et contre ceux dont ils ont géré les intérêts (nos 145 et 176). Cette règle s'applique à l'action *judicati*. Mais il faut aller plus loin. Quand le tuteur n'a pu se borner à autoriser son pupille,

(1) On lit dans le plaidoyer *pro Roscio comœdo* (18) : *alteri nemo petere potest, nisi qui cognitor est factus*. Mais nous ne devons pas conclure de là que le *procurator ad litem* fût encore inconnu au temps de Cicéron : lui-même le mentionne dans un autre plaidoyer (*Pro Quint.*, 6 et 7). La phrase précitée s'explique par les développements qui la suivent : elle veut dire que le *cognitor* est le seul représentant qui fasse naître l'action *judicati* en la personne du *dominus litis*. Quant à moi, je suis très porté à croire la *procuratio ad litem* aussi ancienne que la *cognitio*. Cela est fort vraisemblable si l'on considère que les principales raisons qui déterminent une personne à ne pas plaider elle-même sont la maladie et l'absence, et que ces mêmes raisons peuvent l'empêcher de comparaître *in jure*.

quand par l'*infantia* ou l'absence de celui-ci il a été forcé de plaider lui-même, le transport de l'action *judicati* n'est pas renvoyé à la fin de la tutelle : il s'opère tout de suite (L. 2 pr., *De adm. et per. tut.*, XXVI, 7. — L. 7, *Quand. ex fact. tut.*, XXVI, 9) (1), et la même doctrine est évidemment vraie, lorsque la situation de l'individu en curatelle, par exemple son état d'aliénation, a obligé le curateur de substituer son action personnelle à son *consensus*.

934. Sur la législation de Justinien en cette matière, je n'ai que quelques observations à présenter : 1° depuis que le *procurator præsentis* avait été assimilé au *cognitor*, celui-ci n'avait plus de raison d'être. Nous le retrouvons bien encore au code Théodosien (L. 7, *De cogn. et proc.*, II, 12), mais il n'apparaît plus dans la compilation de Justinien, sans doute parce qu'il n'existait plus; 2° Justinien constate que l'exception *procuratoria* fondée sur l'infamie du *procurator* ou du *dominus litis* était tombée en désuétude, et en conséquence il abroge la double incapacité dont l'édit frappait les infâmes (§ 11 *sup.*); 3° dans le droit du Bas-Empire antérieur à Justinien, il était interdit aux *clarissimi* et aux personnes ayant un titre de noblesse supérieur de plaider même pour leur propre compte. Justinien restreignit cette prohibition aux *illustres* et aux personnes d'un rang plus élevé (L. 25, C., *De proc.* — Nov. 71).

DES PROMESSES ET SATISDATIONS EXIGÉES DES PLAIDEURS.

Lib. IV, Tit. xi, *De satisdationibus*, pr. — Satisdationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est. Olim enim, si in in rem agebatur, satisdare possessor compellebatur, ut si victus esset, nec rem ipsam restitueret, nec litis æstimationem, potestas esset petitori aut cum eo agendi, cum cum fidejussoribus ejus: quæ satisdatio appellatur *judicatum solvi*. Unde autem sic appellatur,

Les anciens avaient leurs formes de satisdations; aujourd'hui, l'usage en a établi d'autres. Autrefois, dans les actions réelles, le possesseur devait donner satisdation, de telle sorte que s'il venait à succomber et ne restituât ni la chose elle-même ni l'estimation du litige, le demandeur pût agir soit contre lui, soit contre ses fidéjusseurs. Cette satisdation s'appelait *judicatum solvi*. Pourquoi ce nom? on le comprend

(1) Je saisis ici l'occasion de rectifier une erreur précédemment commise. Au n° 146, avant-dernière ligne de l'alinéa relatif aux *legis actiones*, on lira : non encore, au lieu de : devenu.

facile est intelligere; namque stipulatur quis ut solvatur sibi quod fuerit judicatum. Multo magis is qui in rem actione conveniebatur, satisdare cogebatur, si alieno nomine judicium accipiebat. Ipse autem qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisdare non cogebatur. Procurator vero, si in rem agebat, satisdare jubebatur *ratam rem dominum habiturum* : periculum enim erat ne iterum dominus de eadem re experiretur. Tutores et curatores, eodem modo quo et procuratores, satisdare debere verba edicti faciebant; sed aliquando his agentibus satisdatio remittebatur. Hæc ita erant si in rem agebatur (Gaius, IV, §§ 88 à 90, § 96, §§ 98 et 99).

aisément, c'est que le demandeur stipule l'exécution de ce qui sera jugé. A bien plus forte raison, cette satisdation était-elle exigée dans l'action réelle si c'était au nom d'autrui que le défendeur consentait à plaider. Quant au demandeur à l'action réelle, s'il agissait en son propre nom, on ne lui imposait pas de satisdation; mais si c'était un procureur, il devait donner la satisdation *ratam rem dominum habiturum;* en effet, on pouvait craindre que le maître n'intentât une nouvelle action touchant le même objet. Aux termes de l'édit, les tuteurs et les curateurs devaient fournir la même satisdation que les procureurs; mais parfois, lorsqu'ils étaient demandeurs, on les affranchissait de cette obligation. Tels étaient les principes en ce qui concerne les actions réelles.

§ 1. — Si vero in personam, ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione qua in rem agitur. Ab ejus vero parte cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo satisdari debebat, quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur. Quod si proprio nomine aliquis judicium accipiebat in personam, judicatum solvi satisdare non cogebatur (Gaius, IV, §§ 100 à 102).

Que si l'action était personnelle, on appliquait au demandeur les mêmes règles que dans l'action réelle. Quant au défendeur, s'il intervenait au nom d'autrui, il devait, dans tous les cas, donner satisdation, parce que sans satisdation ceux qui défendent pour autrui sont réputés ne pas offrir de sécurité. Mais si le défendeur à l'action personnelle plaidait en son propre nom, il n'était point assujetti à fournir la caution *judicatum solvi.*

§ 2. — Sed hæc hodie aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive in personam, suo nomine, nullam satisdationem pro litis æstimatione dare compellitur, sed pro sua tantum

D autres règles sont observées aujourd'hui. En effet, celui qui défend en son propre nom, soit dans une action réelle, soit dans une action personnelle, n'est plus obligé de donner satisdation pour l'estimation

persona, quod in judicio permaneat usque ad terminum litis, vel committitur suæ promissioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant, vel nudam promissionem, vel satisdationem, pro qualitate personæ suæ, dare compellitur.

§ 3. — Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel suscipitur, in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est, vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, *ratam rem dominum habiturum* satisdationem procurator dare compellitur : eodem observando, et si tutor, vel curator, vel aliæ tales personæ quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt.

§ 4. — Si vero aliquis convenitur, si quidem præsens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in judicium venire, et sui procuratoris personam per *judicatum solvi* satisdationis solemnes stipulationes firmare, vel extra judicium satisdationem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat pro omnibus *judicatum solvi* satisdationis clausulis : ubi et de hypotheca suarum rerum convenire compellitur, sive in judicio promiserit, sive extra judicium caverit, ut tam ipse quam heredes ejus obligentur ; alia insuper cautela vel satisdatione propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiæ recitandæ in judicio invenietur, vel, si non venerit, omnia dabit fidejussor quæ

du litige ; il est simplement tenu de s'engager à rester en cause jusqu'à la fin du procès. Parfois on s'en rapporte à son serment qu'on appelle caution juratoire ; d'autres fois on exige de lui ou une simple promesse ou une satisdation, le tout suivant la qualité de la personne.

Supposons maintenant que ce soit un procureur qui agisse ou qui défende, et d'abord occupons-nous du cas où il agit. Si son mandat n'a pas été insinué, et que le maître ne vienne pas en personne le confirmer devant le juge, le procureur doit donner la satisdation *ratam rem dominum habiturum*. La même règle s'applique lorsque c'est un tuteur, un curateur ou d'autres personnes chargées d'administrer les affaires d'autrui qui intentent un procès par l'intermédiaire d'un tiers.

Quant au défendeur, s'il est présent et disposé à constituer un procureur, il peut ou comparaître en personne devant le juge, et là, confirmer son mandat par les stipulations usitées pour la satisdation *judicatum solvi*, ou fournir cette satisdation extrajudiciairement. Dans les deux cas, il s'engage lui-même comme fidéjusseur de son procureur pour tous les chefs d'obligation compris dans la satisdation *judicatum solvi*. Mais à cette promesse, faite en justice ou extrajudiciairement et qui lie ses héritiers comme lui-même, il doit ajouter une convention d'hypothèque sur tous ses biens. De plus il fournit une autre sûreté, c'est-à-dire une satisdation, afin de garantir qu'il se présentera en

condemnatione continentur, nisi fuerit provocatum.

personne devant le juge au moment de la lecture de la sentence. Et s'il ne se présente pas, le fidéjusseur est tenu de payer le montant intégral de la condamnation, à moins qu'un appel ne soit interjeté.

§ 5. — Si vero reus præsto ex quacumque causa non fuerit et alius velit defensionem ejus subire, nulla differentia inter actiones in rem vel in personam introducenda, potest hoc facere, ita tamen ut satisdationem *judicatum solvi* pro litis æstimatione præstet; nemo enim, secundum veterem regulam, ut jam dictum est, alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur.

Mais si, pour une cause quelconque, le défendeur n'est pas présent, que l'action soit réelle ou personnelle, toute personne qui veut défendre à sa place le peut, mais à la condition de fournir la caution *judicatum solvi* pour l'estimation du litige : en effet, selon la règle ancienne déjà rappelée, celui qui défend au nom d'autrui n'offre pas de sécurité s'il ne donne satisdation.

§ 6. — Quæ omnia apertius et perfectissime a quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.

Toutes ces notions deviendront plus claires et se compléteront par la fréquentation quotidienne des tribunaux et la pratique même des affaires.

§ 7. — Quam formam non solum in hac regia urbe, sed etiam in omnibus nostris provinciis, etsi propter imperitiam forte aliter celebrabantur, obtinere censemus, quum necesse est omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est, hanc regiam urbem, ejusque observantiam sequi.

Les règles qui précèdent s'appliqueront non seulement dans cette ville royale, mais aussi dans toutes nos provinces, bien que jusqu'à présent, par impéritie peut-être, d'autres usages y aient été suivis. Telle est notre volonté, fondée sur ce que cette ville royale, capitale de toutes nos cités, doit servir de modèle aux provinces et leur imposer ses usages.

935. Justinien lui-même (pr. *sup.*) nous avertit que nous devons nous attacher d'abord au droit classique, fort différent du sien. Tout ici se ramène à l'étude des cautions *de rato* et *judicatum solvi*, qui sont des stipulations prétoriennes accompagnées de satisdation (nº 716). L'une et l'autre sont fournies *in jure* (L. 40 § 3, *De proc.*, III, 3. — L. 3 pr.; LL. 8 et 13 § 1, *Jud. solv.*, XLVI, 7). La caution *de rato*, dans son application la plus ordinaire, tend à garantir le défendeur contre le renouvellement de l'action, c'est donc lui qui stipule. La caution

judicatum solvi tend principalement à assurer l'exécution de la condamnation qui pourrait être prononcée, c'est donc ici le demandeur qui joue le rôle de stipulant. Mais, comme nous l'allons voir, ces cautions ne sont imposées ni à tout demandeur ni à tout défendeur.

936. *Cautio de rato* (1). — L'objet même de cette *cautio* nous montre qu'elle n'a pas de raison d'être lorsque le demandeur agit pour son propre compte. Elle n'est pas même exigée de quiconque intente une action au nom d'autrui. Aux termes de l'édit, le *procurator*, le tuteur et le curateur doivent la fournir, s'ils veulent obliger le défendeur à engager l'instance, mais le *cognitor* en est affranchi; car il est *loco domini*, puisqu'il épuise infailliblement le droit du *dominus litis*. Gaius, qui constate ces règles, ajoute que parfois on faisait remise de la *cautio de rato* au tuteur et au curateur (Gaius, IV, §§ 96 à 100). Mais on devait aller plus loin encore dans la voie de l'indulgence. Nous savons, en effet, que le *dominus litis* se heurte à l'une des exceptions *rei judicatæ* ou *rei in judicium deductæ*, s'il reprend le procès déjà intenté en son nom par quelqu'un qui était véritablement son mandataire, son tuteur ou son curateur. Aussi, dans les derniers temps du droit classique, la *cautio de rato* n'était plus exigée de ces diverses personnes qu'autant que leur qualité ou leurs pouvoirs paraissaient douteux (*Fr. Vat.*, §§ 317 et 333. — L. 65, *De proc.* — L. 23, *De adm. et per. tut.*, XXVI, 7). Le compte rendu du droit ancien, tel que le donnent les Institutes (pr. et § 1 *sup.*), n'est donc pas complètement exact.

La formule ordinaire de la *cautio de rato* nous est révélée par un texte de Julien (L. 23, *Rat. rem hab.*, XLVI, 8). Elle porte que les personnes intéressées ne formeront pas de demande nouvelle (*amplius non peti*) et ratifieront les résultats du procès actuel (*ratam rem haberi*) (2). L'obligation qu'elle engendre s'évanouit donc par la ratification du *dominus litis*, ratification qui n'est soumise à aucune espèce de formes (L. 5, *Rat. rem hab.*). Mais le simple défaut de ratification ne suffit pas à rendre cette obligation exigible. Pour cela il faut, en règle générale, qu'une nouvelle action ait été intentée, et elle n'est réputée l'être qu'à partir de la *litis contestatio;* jusque là on dit du *dominus litis : non petit, sed petere vult* (L. 15, *Rat. rem hab.*). Il faut de

(1) Voir sur cette *cautio* T. II, p. 260, note 1; p. 765, note 1; p. 767, note 3.

(2) Ne pouvait-on pas se contenter de l'une de ces deux formules? Je le crois, et c'est pour cela que notre *cautio* s'appelle indifféremment *de rato* ou *amplius non peti* (L. 15, *Rat. rem hab.* — Cic., *pro Rosc. com.*, 12).

plus que cette demande soit formée dans des conditions telles que, si le *dominus litis* eût été valablement représenté, elle succomberait devant l'exception *rei judicatæ* ou *rei in judicium deductæ*. Donc elle doit avoir le même objet que la précédente (L. 22 § 8, *Rat. rem hab.*). Donc aussi peu importe qu'elle émane du *dominus litis* lui-même ou de ses héritiers ou autres successeurs tenus de ses obligations (L. 22 § 7, *Rat. rem hab.*) (1), et il n'importe pas davantage qu'elle s'adresse au même défendeur ou à d'autres personnes que la ratification eût libérées avec lui, par exemple à un *correus socius* ou à un fidéjusseur (LL. 1 et 14, *Rat. rem hab.*) (2). Ces conditions remplies, l'action *ex stipulatu* peut être intentée immédiatement soit contre celui qui a joué le rôle de promettant principal dans la *cautio de rato*, soit contre son fidéjusseur, et elle a pour objet le *quod interest*, c'est-à-dire le montant du dommage que la réitération du procès cause au stipulant (L. 2 ; L. 13 pr. ; L. 19, *Rat. rem hab.*) (3). Au surplus, on tient pour équivalents de la formation d'une demande judiciaire le payement amiable que le débiteur ferait au *dominus litis* ou la compensation que celui-ci opposerait comme défendeur dans une instance judiciaire : de tels faits suffisent à rendre la stipulation exigible (L. 12 § 3 ; L. 15, *Rat. rem hab.*) (4).

(1) Ce texte nous fait remarquer que le héritiers et autres ayant-cause du *dominus* peuvent en fait n'être pas compris parmi les personnes dont la ratification est promise. Mais pour cela il ne suffit pas qu'on ait négligé de les désigner dans la formule, il faut que cette omission résulte d'une intention bien évidente.

(2) Supposons que le *dominus litis* soit un mineur de vingt-cinq ans. S'il fait rescinder le jugement rendu contre son *procurator*, la stipulation *de rato* ne deviendra pas pour cela exigible, à moins que le cas n'ait été prévu par une clause spéciale. Le motif de cette décision est évident : c'est que le mineur eût-il plaidé lui-même, la *restitutio in integrum* lui serait encore ouverte. Il ne fait donc qu'user du droit commun. Nous pouvons également supposer que le *dominus litis*, majeur de vingt-cinq ans, interjette appel du jugement rendu contre le *procurator*, et nous aurons le même résultat fondé sur ce que l'appel serait ouvert au *dominus* qui aurait plaidé lui-même (L. 3 pr., § 1, *Rat. rem hab.*).

(3) Ce dommage ne peut être apprécié qu'après la clôture de l'action exercée par *le dominus*. Si par exemple le débiteur qui avait été absous dans la précédente action vient à être condamné dans la nouvelle, le dommage sera tout autre pour lui que s'il obtient une seconde absolution ou si le *dominus* laisse périmer l'instance. Dans de tels cas, l'action *ex stipulatu* lui ferait simplement recouvrer le montant de ses frais (L. 25 § 5, *Rat. rem hab.*). Je conclus de là que si cette action peut être intentée dès la *litis contestatio* engagée entre le *dominus litis* et le défendeur qui a stipulé *de rato*, elle ne peut pas néanmoins être jugée tout de suite. Au surplus, il y a une hypothèse curieuse à plusieurs égards, où l'action *ex stipulatu* ne peut pas même être intentée avant le jugement rendu sur la nouvelle poursuite du *dominus litis* (L. 8 § 2, *Rat. rem hab.*)

(4) La *cautio de rato* ne se rattache pas toujours à une instance judiciaire. Elle

937. *Cautio judicatum solvi.* — Voyons d'abord quels défendeurs sont tenus de donner cette caution et comment leur obligation est sanctionnée. Dans l'hypothèse la plus commune, celle d'un défendeur qui plaide *suo nomine*, les Romains font une distinction bien connue. S'agit-il d'une action personnelle : la règle générale est que la caution *judicatum solvi* n'est pas due, et cela parce que le défendeur est poursuivi malgré lui et que jusqu'à preuve contraire la demande est présumée non fondée (1). L'action est-elle réelle : on considère que le défendeur demeurant provisoirement en possession de la chose, peut la dégrader, même la détruire ou la faire disparaître, et dans tous les cas doit la caution *judicatum solvi* (2). Si elle n'est pas fournie, le demandeur se fait attribuer la possession par un interdit qu'on appelle selon les cas *quem fundum*, *quam hereditatem*, *quem usumfructum*, et alors les rôles sont renversés, c'est lui qui devient défendeur. Mais cela implique que lui-même donne la caution *judicatum solvi* (*Fr. Vat.*, § 92. — Paul, I, 11 § 1. — Ulp., *Fr. Vindob.*, § 6) (3). Que si maintenant nous supposons un défendeur plaidant *alieno nomine*, la même distinction ne se retrouve plus. Il y a une vieille règle ainsi formulée : *Nemo alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur.* La caution *judicatum solvi* est donc toujours exigée, et cette sévérité n'a rien d'excessif, si l'on songe que par l'effet

est quelquefois fournie par celui qui contracte dans l'intérêt d'autrui, surtout d'un absent. Mais alors, ce n'est plus une stipulation prétorienne, et elle ne peut plus s'appeler *amplius non peti* (LL. 10 à 12 pr., *Rat rem hab.*).

(1) Gaius (IV, § 102) nous apprend que le défendeur à l'action personnelle, quoique plaidant en son propre nom, est quelquefois obligé de fournir la caution *judicatum solvi*. Cela a lieu d'abord dans les actions *judicati*, *depensi* et *de moribus mulieris*. Dans ces trois cas la dérogation au droit commun tient à la nature de l'action; dans les deux premiers, elle n'est qu'une transformation de l'obligation de donner un *vindex* jadis imposée au débiteur qui voulait éviter la *manus injectio* (Gaius, IV, § 25). D'autres fois notre *cautio* est exigée parce que le défendeur est suspect. A ce titre le préteur peut, selon les circonstances, y soumettre celui qui est poursuivi comme héritier, et il y soumet toujours le débiteur qui a dissipé son patrimoine (*decoctor*) et celui dont les biens sont mis en vente à la suite d'une *missio in possessionem* (Voir T. II, p. 920). Qu'arrive-t-il dans toutes ces hypothèses, si le débiteur ne peut ou ne veut fournir la caution? Gaius ne nous le dit pas; mais selon toute probabilité, la délivrance de l'action est remplacée par les voies d'exécution, car le débiteur est *indefensus*.

(2) Je me place dans l'hypothèse où le demandeur veut agir *per formulam arbitrariam*. S'il agit *per sponsionem* c'est, comme on l'a vu (n° 803), la *cautio pro præde litis et vindiciarum* qui est exigée.

(3) Dans les actions *negatoria* et *confessoria*, le refus de la caution *judicatum solvi* donne lieu à un autre genre de sanction (T. II, p. 994, note 3. — L. 45, *De damn. inf.*, XXXIX, 2).

de la *litis contestatio* le demandeur va perdre ses droits contre le *dominus litis*, qu'il va malgré lui changer de débiteur, et qu'en conséquence ce changement doit être accompagné de sûretés qui le rendent sans danger (pr. et § 1 *sup.*). Mais qui est-ce qui donne la caution *judicatum solvi?* On distingue : c'est le *dominus litis*, lorsqu'il est représenté par un *cognitor ;* en tout autre cas, c'est le représentant lui-même (Gaius, IV, § 101). Quant aux conséquences de l'inexécution de cette obligation, un mot suffira pour les faire comprendre : le *dominus litis* est réputé *indefensus* (n° 755) (1).

La caution *judicatum solvi* comprend trois clauses : *de re defendenda, de dolo malo, de re judicata* (L. 6, *Jud. solv.*). Chacune demande quelques mots d'analyse : 1° *de re defendenda.* — Le défendeur promet d'engager et de suivre l'instance. Donc, soit qu'il refuse de procéder à la *litis contestatio*, soit qu'il fasse défaut devant le juge, l'action *ex stipulatu* peut être exercée contre ses fidéjusseurs (L. 3 § 8 ; L. 5 § 3 ; L. 12 et 13 pr., *Jud. solv.*). L'avantage qu'elle procure au demandeur est évident. Elle lui épargne, dans le premier cas, les complications et les lenteurs de la *missio in possessionem* (n° 755), dans le second cas, le recours aux trois édits nécessaires pour mettre le défaillant en demeure de comparaître devant le juge (n° 773) ; 2° *de dolo malo.* — Le défendeur promet *dolum abesse abfuturumque*. Cette clause comprend donc et le dol commis au moment même de la promesse, et le dol postérieur, soit qu'il émane du défendeur lui-même ou de ses héritiers appelés à continuer l'instance interrompue par sa mort (L. 19 pr. et § 1 *Jud. solv.*) ; 3° *de re judicata.* — Grâce à cette clause, la plus importante des trois, le demandeur, au lieu de poursuivre l'exécution de la condamnation par les voies ordinaires, peut agir *ex stipulatu* soit contre le promettant principal, soit, ce qui est beaucoup plus pratique, contre ses fidéjusseurs. L'engagement de ces derniers est une garantie contre l'insolvabilité de celui qui est tenu de l'action *judicati*. En ce qui concerne les actions réelles, la clause *de re judicata* offre une utilité toute particulière : c'est qu'elle s'applique même à la restitution ordonnée par le juge. En effet la *pronuntiatio* qui déclare le demandeur propriétaire constitue un véritable jugement (T. II, p. 978,

(1) Lorsque le défendeur à l'action réelle est un simple *defensor*, c'est-à-dire un *procurator* sans mandat certain, il fournit non seulement la caution *judicatum solvi*, mais aussi la caution *de rato*. En effet, si ce *defensor* succombe, la caution *judicatum solvi* assure bien la restitution de la chose ou le payement de la *litis æstimatio*. Mais elle ne garantit pas le demandeur rentré en possession contre la revendication que le *dominus litis* voudrait exercer (L. 40 § 2, *De proc.*, III, 3).

note 1), et par conséquent la désobéissance à l'ordre du juge donne ouverture à l'action *ex stipulatu* (Gaius, IV, § 89) (1). — Par cette analyse il est facile de voir que la caution *judicatum solvi*, très différente en cela de la caution *de rato*, serait à peu près inutile sans la satisdation qui l'accompagne et la fortifie. Cela est évident pour la clause *de re defendenda*, car le promettant qui ne peut ou ne veut défendre ne défendra pas davantage à l'action *ex stipulatu*. S'agit-il de la clause *de re judicata* : pourquoi une seconde condamnation serait-elle mieux exécutée que la première, et comment comprendre que l'action *ex stipulatu*, qui n'est pas arbitraire, procure au stipulant la restitution en nature qu'il n'a pas obtenue par l'action réelle? Enfin, en ce qui concerne la clause *de dolo malo*, sans doute si le dol se rapporte au bref intervalle qui sépare la promesse de la *litis contestatio*, il sera toujours sanctionné, grâce à notre caution, par une action contractuelle, tandis que parfois le droit commun ne donnerait au stipulant que l'action *de dolo*; mais en dehors de cette hypothèse, c'est-à-dire si le dol a été commis au moment même de la *litis contestatio* ou dans le cours de l'instance, le juge saisi a des pouvoirs suffisants pour en tenir compte, puisque le droit s'apprécie au jour de la *litis contestatio*.

A. Remarquons en terminant que l'action *ex stipulatu* fondée sur la *cautio judicatum solvi* ne peut jamais être exercée plus d'une fois. En d'autres termes, les trois clauses n'en font qu'une en ce sens que l'une d'elles ayant une fois produit son effet, les deux autres disparaissent aussitôt. Par conséquent, dès que le jugement est rendu, le stipulant n'est plus reçu à agir *ob rem non defensam* ou *ob dolum* (L. 5 § 2; L. 21, *Jud. solv.*). Mais ne concluons pas de là que la clause *de re judicata* s'évanouisse par cela seul que le défendeur a fait défaut devant le juge ou a commis un dol. Ces faits sans doute autorisent le stipulant à agir; mais les clauses *de re defendenda* et *de dolo* ne sont réputées produire leur effet (*committi*) qu'autant que l'action *ex stipulatu* est réellement intentée et le *judicium* engagé par la *litis contestatio* (L. 13 pr., *Jud solv.*). Dans tous les cas, au surplus, la *cautio judicatum solvi*, essentiellement *incerta*, a pour objet le *quod interest*; mais après le jugement

(1) Ce texte constate que la *cautio pro præde litis et vindiciarum*, comme la *cautio judicatum solvi*, garantissait ou la restitution de la chose ou la *litis æstimatio*. Je conclus de là que lorsque le revendiquant agit *per sponsionem*, la condamnation prononcée n'empêche pas la restitution de la chose de demeurer *in facultate solutionis*.

(2) La *cautio judicatum solvi* ne supprime donc pas l'utilité des *cautiones de dolo* que le juge peut imposer au défendeur (L. 20, *De rei vind.*, VI, 1).

le *quod interest* se trouve tout déterminé par le montant de la condamnation prononcée (L. 2 § 2, *De stip. præt.*, XLVI, 5. — L. 9, *Jud. solv.*) (1). Dans tous les cas aussi, elle s'évanouit absolument par la péremption d'instance, par l'exécution du jugement, et par toute satisfaction réputée équivalente à cette exécution (L. 28 § 8, *De jurej.*, XII, 2. — L. 38 § 2, *De sol.*, XLVI, 3. — L. 2, *Jud. solv.*)

938. Dans le droit de Justinien nous retrouvons les cautions de *rato judicatum solvi*. Mais l'une et l'autre, la seconde surtout, ont perdu du terrain. Au reste, parmi les innovations qui vont être signalées, fort peu appartiennent à Justinien, la plupart avaient été introduites avant lui par l'usage (pr. *sup.*).

Si d'abord nous recherchons quels demandeurs fournissent la caution *de rato*, ce sont seulement les *procuratores* dont le mandat n'a été ni insinué *apud acta* ni confirmé *in judicio* par le mandant lui-même. Au fond cette règle reproduit, avec un peu plus de précision, la distinction admise par les jurisconsultes classiques entre le *procurator præsentis* et le *procurator absentis*. Du reste le *procurator* qui tient ses pouvoirs d'un tuteur ou d'un curateur est réputé les tenir du véritable intéressé; constitué *in judicio* ou faisant insinuer son mandat, il ne donne pas caution, et cette disposition, jointe au silence de Justinien, nous prouve qu'à plus forte raison la caution *de rato* n'est pas exigée des tuteurs ou curateurs qui agissent eux-mêmes (§ 3 *sup.*).

En ce qui concerne la caution *judicatum solvi*, et plus largement les sûretés qui peuvent être exigées du défendeur, Justinien distingue trois hypothèses : 1° si le véritable intéressé défend lui-même, on ne lui demande jamais aucune *cautio* relative à l'exécution du jugement, mais il doit s'engager à suivre régulièrement la procédure, c'est-à-dire à ne pas faire défaut. Quant à la forme de cet engagement, elle varie selon la qualité des personnes : c'est quelquefois un serment (*cautio juratoria*) (2); d'autres fois une simple promesse (*nuda promissio*), plus souvent une promesse accompagnée de satisdation. Ces décisions s'appliquent sans distinction entre les actions réelles et les actions personnelles (§ 2 *sup.*). Ainsi des trois clauses de la caution *judicatum solvi* il y en a deux qui sont absolument exclues dans notre hypo-

(1) Toutefois, lorsque dans une action réelle, le demandeur a été amené par la *contumacia* de son adversaire à fixer lui-même la condamnation, les fidéjusseurs ne sont tenus que jusqu'à concurrence de la valeur réelle de la chose : le surplus est considéré comme une peine absolument personnelle au défendeur qui a bien voulu s'y exposer (L. 73, *De fid.*, XLVI, 1).

(2) Tel est le procédé suivi pour les *illustres* (L. 71, C., *De dign.*, XII, 1).

thèse, savoir les clauses *de dolo* et *de re judicata* ; mais la clause *de re defendenda* devient d'une application générale. Le défendeur qui plaide *suo nomine* est donc traité avec plus de rigueur qu'autrefois dans les actions personnelles, avec plus d'indulgence dans les actions réelles; 2° quand le *dominus litis* est présent et se fait remplacer par un *procurator*, la caution *judicatum solvi* est due avec ses trois clauses *de re defendenda, de dolo malo, de re judicata*. Le droit de Justinien paraît donc se confondre ici avec l'ancien droit classique. Mais voici où il en diffère : d'abord c'est du *dominus* lui-même, et non plus du *procurator*, que la caution est exigée; en second lieu, elle peut être donnée ou devant le juge ou extrajudiciairement; enfin le *dominus litis*, au lieu de faire une promesse principale à laquelle accèdent des fidéjusseurs, se porte lui-même fidéjusseur pour son procureur. Cette dernière disposition met dans la législation de Justinien une véritable incohérence : en effet si le *procurator præsentis* est tenu de défendre et de s'abstenir de dol, nous savons que l'exécution du jugement ne peut pas lui être demandée, et alors comment comprendre que le *dominus litis*, seul tenu de l'action *judicati*, s'engage *de re judicata* à titre de fidéjusseur? Au fond, et en ce qui concerne ce chef d'obligation, la promesse qu'il fait est une véritable promesse principale et par conséquent ne garantit pas suffisamment l'exécution du jugement. Sans doute que Justinien lui-même fut frappé de cette insuffisance. Aussi exige-t-il du *dominus litis* deux autres sûretés, savoir une constitution d'hypothèque sur tous ses biens, et une promesse de se présenter devant le juge pour entendre la lecture de la sentence. Cette promesse est accompagnée de satisdation. En résumé, en supposant que le *dominus* succombe en la personne de son *procurator*, voici quelle sera sa situation. L'exécution de la condamnation pourra dans tous les cas être poursuivie contre lui-même par voie d'action personnelle, contre lui ou contre les tiers détenteurs par voie d'action hypothécaire, et enfin s'il n'a pas assisté à la lecture de la sentence, par une action *ex stipulatu* contre les fidéjusseurs qui ont garanti sa comparution (§ 4 *sup.*); 3° enfin lorsqu'en l'absence du maître un tiers se présente pour défendre à sa place, Justinien applique purement et simplement les anciens principes. Donc, mandataire ou simple gérant d'affaires, ce tiers est toujours tenu de fournir la caution *judicatum solvi*, et cela avec ses trois chefs d'obligation, de sorte qu'il s'engage et fait engager ses fidéjusseurs *de re defendenda, de dolo malo* et *de re judicata* (§ 5 *sup.*).

On a remarqué sans doute que Justinien ne parle pas des tuteurs et

curateurs défendant eux-mêmes au nom du pupille ou de la personne en curatelle. Que conclure de ce silence? Sans doute, qu'ils sont considérés comme *domini litis* et simplement tenus de s'engager à ne pas faire défaut.

DES *cognitiones extra ordinem*.

939 *a*. J'ai déjà dit que la procédure extraordinaire avait existé comme exception avant de devenir le droit commun (n[os] 731 et 789). Il est très probable que dès l'époque des *legis actiones* certaines affaires excluaient la procédure ordinaire et étaient jugées par le magistrat lui-même. Dans le droit classique les affaires de ce genre paraissent avoir été assez nombreuses. Le droit de poursuite qui appartient alors au demandeur ne s'appelle pas *actio* ou *petitio*, mais *persecutio* (1). L'instance engagée n'est plus un *judicium*, mais une *cognitio extra ordinem*, parce que l'*ordo judiciorum* est écarté, et le jugement prend tantôt le nom *sententia*, comme les décisions des juges, tantôt le nom plus technique de *decretum*. Je n'ai pas besoin d'ajouter qu'on lui reconnaît la même autorité et les mêmes effets qu'aux jugements ordinaires (L. 19 §§ 1, *De jurisd.*, II, 1. — L. 75, *De jud.*, V, 1. — L. 27, *De re jud.*, XLII, 1. — Cic., *Rhet. ad. Her.*, II, 13).

La procédure des *cognitiones extra ordinem* de l'époque classique ressemblait certainement beaucoup à la procédure du Bas-Empire dont elle est l'origine. Il serait difficile de la décrire en détail. Je me bornerai donc à relever les traits les plus essentiels qui la séparent de la procédure formulaire : 1° nous ne trouvons pas ici de *vocatio in jus*. Mais le demandeur s'adresse au magistrat, et celui-ci fait signifier au défendeur un ordre de comparaître (L. 1 § 12, *De fer.*, II, 12. — L. 1 §§ 2 et 9, *De insp. ventr.*, XXV, 4. — L. 26 §§ 7 et 9, *De fid. lib.*, XL, 5); 2° la *litis contestatio* se présente ici sous une forme toute spéciale : elle a lieu lorsque le magistrat a entendu les premières explications des deux parties (n° 764); 3° elle n'éteint pas le droit déduit en justice (L. 48 § 1, *De jur. fisc.*, XLIX, 14); 4° selon toute probabilité, elle n'en change pas non plus l'objet, et par conséquent la condamnation porte, autant que cela est possible, sur la chose demandée (T. II, page 929);

(1) L'antithèse est bien marquée dans la formule de la stipulation Aquilienne et dans celle de la *cautio de rato* (Inst., § 2, *Quib. mod. obl. toll.*, III, 29. — L. 23, *Rat. rem hab.*, XLVI, 8).

5° le magistrat examine les *mutuæ petitiones*, et peut condamner le demandeur aussi bien que le défendeur (T. II, pag. 873, note 1) ; 6° pour procurer l'exécution de la condamnation, le magistrat fait saisir et vendre certains biens du condamné (1), mais il ne paraît pas que l'envoi en possession général et la *bonorum venditio* aient été usitées ici (L. 5 § 10, *De agn. et al. lib.*, XXV, 3. — L. 1 § 3, *De insp. ventr.*, XXV, 4. — L. 1 § 8, *Test. quem. aper.*, XXIX, 3) (2).

Je n'essayerai pas de donner une énumération limitative des matières qui appartiennent au domaine de la *cognitio extraordinaria*. Je me contenterai de citer ou de rappeler les suivantes : 1° les demandes d'aliments formées entre ascendants et descendants ou par un patron contre son affranchi (L. 5, *De agnosc. et al. lib.*, XXV, 3) ; 2° les excuses proposées par un tuteur ou un curateur (n° 138) ; 3° le *suspecti crimen* (n° 160) ; 4° les plaintes d'une personnes *alieni juris* contre son père ou son maître, et notamment les demandes fondées sur ce que le fils de famille aurait droit à l'émancipation, ou l'esclave à l'affranchissement (Inst., § 2, *De his. qui sui vel al. jur.*, I, 8. — L. 92, *De cond. et dem.*, XXXV, 1. — L. 41, *De bon. lib.*, XXXVIII, 2) ; 5° les demandes relatives à des fidéicommis (Gaius, II, § 278) ; 6° les réclamations d'honoraires formées par les personnes dont les services sont considérés comme ne pouvant faire l'objet ni d'un louage ni d'un contrat quelconque. Si l'on recherche quelles sont ces personnes, ce furent d'abord les *professores liberalium artium*, c'est-à-dire les rhéteurs, les grammairiens et les géomètres (L. 1 pr., *De extr. cogn.*, L, 13) (3). Mais beaucoup d'autres leur furent assimilées, notamment les médecins et sages-femmes, les avocats, les *comites* (4), les nourrices, etc. (L. 1 §§ 1 à 3, 6 à 8, 10 à 12, 14, *De extr. cogn.*) (5). Le magistrat connaît également des demandes for-

(1) Là se trouve très probablement l'origine du *pignus ex causa judicati captum* qui, comme nous l'avons vu, se substitua peu à peu à la *bonorum venditio* comme mode d'exécution des jugements rendus selon la procédure ordinaire (n° 782).

(2) Du second texte cité, il résulte que les décrets du magistrat étaient quelquefois sanctionnés par une amende (*mulcta*). Ce moyen devait être surtout employé quand il s'agissait de contraindre quelqu'un à l'exécution d'un fait personnel. En règle générale, les amendes étaient arbitraires (L. 132 § 1 ; L. 144, *De verb. sign.*, L, 16).

(3) Voir T. II, p. 500, texte et note 1.

(4) Les *comites* sont des auxiliaires choisis par le magistrat pour l'accompagner dans sa province. Ils forment sa *cohors*.

(5) L'assimilation ne fut étendue ni aux philosophes ni aux jurisconsultes. Aux uns et aux autres on refuse tout droit de poursuite : aux philosophes, parce qu'ils

mées contre ces personnes à raison de leur profession, même lorsque ce sont des demandes principales et non reconventionnelles (L. 1 §§ 9 et 15, *De extr. cogn.*) ; 7° les *causæ fiscales*. Ici, c'est le *procurator Cæsaris* ou un *præfectus* qui juge (L. L. 2 et 3, C., *De jur. fisc.*, X, 1. — L. 5, C., *De sent. et int.* VII, 45. — L. 2 § 4, *Ne quid in loc. publ.*, XLIII, 8) ; 8° les difficultés relatives à l'interprétation et à l'exécution des jugements (L. 4 § 1, *De app.*, XLIX, 1). — En dehors de ces cas et autres semblables, où l'affaire est portée en première instance devant le magistrat et où celui-ci n'est pas libre de renvoyer les parties devant un juge, il y en a, nous le savons déjà, où il peut à son gré statuer lui-même ou délivrer une formule (T. II, page 925) ; nous savons aussi que tous les appels sont jugés *extra ordinem* (n° 779) (1).

A la procédure extraordinaire se rattachent, par un lien facile à dégager, les *restitutiones in integrum* et les interdits. En, effet c'est le magistrat lui-même qui prononce, sous le nom de *restitutio in integrum*, la rescision d'un acte valable ; c'est lui qui émet les ordres ou défenses qu'on appelle interdits. Mais souvent cette rescision, plus souvent encore ces ordres ou défenses, servent de cause à la délivrance d'une action ordinaire.

DE L'*IN INTEGRUM RESTITUTIO*.

SOMMAIRE : I. Des causes de restitution *in integrum*. — II. De la demande en restitution *in integrum* et du délai dans lequel elle doit être formée. — III. Procédure et effets de la restitution *in integrum*.

I. — DES CAUSES DE RESTITUTION *in integrum*.

940. On appelle restitution *in integrum* non seulement le décret par lequel un magistrat rescinde un acte valable, mais encore le droit de solliciter ce décret et l'ensemble de la procédure organisée pour l'obtenir. Elle constitue donc une action en donnant à ce mot le sens

font profession de mépriser le gain (T. I, p. 325, note 1) ; aux jurisconsultes, parce qu'ils se déshonoreraient en demandant un argent que pourtant ils peuvent recevoir sans rougir (L. 1 §§ 4 et 5, *De extr. cogn.*). Cette doctrine orgueilleuse devait avoir un résultat misérable : c'est que philosophes et jurisconsultes se fissent payer d'avance.

(1) Lorsque le magistrat statue lui-même sur une affaire qui doit être portée devant un juge, sa sentence est nulle de plein droit (L. 4, C., *De sent. et int.* VII, 45). A plus forte raison la même décision est-elle vraie, s'il nomme un juge là où il est tenu de juger lui-même.

le plus large (Paul, I, 7 § 1). Toute espèce d'actes juridiques, et sous ce nom je comprends même les omissions qui nous enlèvent un droit, peuvent être ainsi rescindés : cependant cette règle exclut et les affranchissements volontaires qui, régulièrement faits, deviennent aussitôt irrévocables, et les jugements rendus en faveur de la liberté par le juge de la *causa liberalis*, ici la partie vaincue n'a d'autre ressource que l'appel (L. 9 § 6; L. 48 § 1, *De min.*, IV, 4. — L. 9, *De appell.*, XLIX, 1. — LL. 1 à 4, C., *Si adv. lib.*, II, 31) (1). Du reste, par cela même que la restitution *in integrum* n'est qu'une réaction de l'équité prétorienne contre le droit civil et tend à détruire les effets d'un acte régulier, elle devait être donnée avec une extrême discrétion : aussi la refuse-t-on, en règle générale, à celui qui trouve dans le droit commun une protection suffisante, et dans tous les cas elle suppose une lésion prouvée (2). Outre ces conditions déjà développées à propos des mineurs de vingt-cinq ans (n° 173), elle doit être fondée sur une des causes prévues dans l'édit, et ces causes, d'après les sentences de Paul (I, 7 § 2) et le Digeste (LL. 1 et 2, *De in int. rest.* IV, 1), sont au nombre de six, savoir : la crainte, le dol, l'erreur, la *permutatio status* ou *minima capitis deminutio*, la minorité et l'absence. Le préteur admit-il du même coup toutes ces causes de restitution? Cela est fort peu probable, mais il est impossible de fixer ici l'ordre chronologique de ses innovations. Sûrement c'est dans les hypothèses de *capitis deminutio*, de minorité et d'absence que la restitution *in integrum* répond au besoin le plus réel et offre le caractère le plus pratique, et c'est bien une raison pour croire que là aussi sont ses applications les plus anciennes (3), comme ce sont celles

(1) La restitution *in integrum* est admise sans difficulté à l'égard des simples obligations d'affranchir (L. 1, C., *Si adv. lib.*). Je ne parle donc que des affranchissements consommés. Là l'unique ressource du *manumissor* consiste à agir soit contre l'affranchi lui-même, s'il est coupable de dol, soit contre les personnes qui sont en faute pour avoir provoqué ou laissé faire l'affranchissement (L. 11 pr., *De min.* — LL. 1 à 3, C., *Si adv. lib.*). Au surplus, l'empereur, qui est au-dessus des lois, peut dans des cas graves rescinder la liberté acquise (L. 10, *De minor.*).

(2) Quand il s'agit de restituer des mineurs de vingt-cinq ans, la lésion doit être très considérable : sinon l'on ruinerait absolument leur crédit et celui de leurs tuteurs ou curateurs (L. 9 pr.; L. 24 § 1; L. 49, *De min.* — L. 1, C., *Si adv. vend.* II, 29. — L. 1, C., *Si adv. fisc.*, II, 37). Mais faut-il généraliser cette règle et notamment l'étendre à la restitution fondée sur l'absence? je ne le crois pas. Le texte sur lequel on s'appuie pour cela (L. 4, *De in int. rest.*) signifie simplement que la restitution *in integrum* doit être refusée dans les cas où elle préjugerait une question plus importante.

(3) Térence met en scène trois avocats consultés sur un mariage contracté par

qui tiennent la plus large place dans les textes. Nous avons suffisamment étudié les règles propres à la restitution des mineurs de vingt-cinq ans. Mais sur les autres causes, et particulièrement sur l'absence, quelques explications sont nécessaires.

941. *Metus*. — La crainte dont il s'agit ici est certainement la même que celle qui donne lieu à l'action *quod metus causa* et à l'exception *metus* (n° 845). Par dérogation au droit commun, la restitution *ob metum* n'est pas subsidiaire. La faculté de choisir entre elle et l'action *quod metus causa* est exprimée dans plusieurs textes (L. 9 §§ 4 et 6; L. 21 § 6, *Quod. met. caus.*, IV, 2), et elle s'explique d'elle-même si l'on considère que la restitution répare le préjudice d'une façon plus directe et plus sûre, et qu'en même temps, n'ayant rien de pénal, elle peut ménager mieux les intérêts du défendeur (T. II, p. 1077, note 1, *in fine*).

Dolus ou *calliditas*. — La coexistence, en cette hypothèse, de l'action *de dolo* et de la restitution soulève une difficulté que j'ai déjà signalée et essayé de résoudre (n° 840). A cette cause de restitution se rattache la prétendue action paulienne réelle dont il est question aux Institutes et sur laquelle je reviendrai tout à l'heure.

Justus error. — La qualification même que l'on applique ici à l'erreur nous avertit que cette cause de restitution devait être assez peu pratique. Du reste, dans l'appréciation de l'erreur, le préteur se montrait plus ou moins sévère, selon la nature de l'acte. Ainsi il restituait volontiers une exception péremptoire omise dans la formule (n° 899), mais il se montrait plus difficile dans l'hypothèse d'une *plus petitio* (n° 861) (1), et il refusait absolument de restituer l'héritier qui avait fait adition dans l'ignorance des dettes; sur ce dernier point, une constitution impériale fut nécessaire pour dérober les militaires eux-mêmes au droit commun (n° 351) (2).

un fils de famille en l'absence et à l'insu de son père. L'un d'eux veut que le père recoure à la restitution *in integrum*. Les jurisconsultes devaient sourire d'un tel conseil donné dans une telle espèce, mais il prouve néanmoins que la restitution pour absence était dès lors admise (*Phormio*, II, 4, v. 10 et s.).

(1) La différence faite entre l'omission d'une exception et la *plus petitio* se rattache à cette idée générale que les défendeurs sont plus favorables que les demandeurs (L. 125, *De reg. jur.*, L, 17).

(2) Il y a d'autres exemples de restitution pour erreur. Ainsi le préteur la promet en règle générale à toute personne qui contracte de bonne foi avec un pupille autorisé par un simple protuteur ou tuteur de fait (L. 1 §§ 1 et 6, *Quod fals. tut. auct.*, XXVII, 6). Elle est accordée, par ceux qui admettent l'effet absolu de la *bonorum separatio*, aux créanciers du défunt qui ont eu de très fortes raisons

Permutatio status. — Faire revivre les obligations contractuelles du *capite minutus* (n° 182 *in fine*), et le replacer en quelque sorte dans sa famille afin de lui donner vocation aux *bonorum possessiones contra tabulas* et *unde liberi*, tel est, dans cette hypothèse, le double objet du préteur (nos 446 et 451). Cette restitution diffère de toutes les autres, elle est vraiment en dehors de la théorie générale. En effet, elle n'a pas besoin d'être demandée, mais s'opère de plein droit en vertu d'une clause de l'édit, et les actions qu'elle ressuscite reprennent leur caractère de perpétuité (L. 2 § 1 et 5, *De cap. min.*, IV, 5) (1).

942. *Absentia.* — Le mot absence que j'emploie ici conformément aux deux textes précités n'est pas assez large. La restitution *in integrum* est promise à tous ceux qu'un obstacle légitime aura empêchés d'agir en temps utile, et par là dépouillés d'un droit. Pour faire saisir la portée de cette formule un peu vague, je crois devoir analyser le texte même de l'édit. Ce texte est placé au Digeste sous la rubrique *de la restitution des majeurs de vingt-cinq ans* (L. 1 § 1, *Ex quib. caus. maj.*, IV, 6), et le titre tout entier n'a pas d'autre objet que de le développer. Ce procédé un peu défectueux, puisque les majeurs sont également restituables pour crainte, dol ou erreur, nous indique très clairement que nous touchons ici aux causes de restitution les plus usuelles en dehors de la minorité. L'édit relatif aux majeurs contient quatre clauses distinctes :

1re *clause.* — La restitution est accordée à des personnes que leur situation personnelle a mises dans l'impossibilité d'agir en justice et de veiller à la conservation de leurs intérêts. Ces personnes se divisent en cinq catégories, savoir : 1° les absents *justo metu* (L. 2 § 1 ; L. 3, *Quib. ex caus. maj.*); 2° les absents *reipublicæ causa*, tels que les gouverneurs de provinces et leurs assesseurs, le *procurator Cæsaris*, les militaires qui ne sont point en congé (2), et en général toutes les

pour croire à l'insolvabilité de l'héritier et qui se sont trompés (L. 1 § 17, *De bon. sep.*, XLII, 6). Une autre hypothèse beaucoup plus spéciale est indiquée par Ulpien (L. 11 pr., *De exc. rei jud.*, XLIV, 2).

(1) Nous avons vu que dans l'hypothèse d'une *expromissio* contraire au sénatus-consulte Velléien, l'obligation que la femme a prétendu nover revit tout aussitôt (T. II, page 390 *in fine*). Il y a bien là une restitution semblable à celle des dettes éteintes par la *capitis deminutio*. Mais comme elle n'est qu'une conséquence de la nullité établie par le sénatus-consulte, elle ne rentre pas dans la théorie prétorienne des *in integrum restitutiones*.

(2) A cet égard Justinien établit une règle nouvelle : désormais les militaires qui ne sont pas en expédition ne comptent plus comme absents *reipublicæ causa* (L. 8, C., *De rest. mil.*, II, 51).

personnes dont l'absence, d'ailleurs exempte de dol, se justifie, non par un intérêt public quelconque, mais par le service de l'État (LL. 4 à 7; L. 33 §§ 1 et 2; LL. 34 à 38; LL. 42 et 45, *Ex quib. caus. maj.*) (1); 3° ceux qui sont *in vinculis*, c'est-à-dire aux fers ou en prison, et peu importe pour quelle cause et dans quelles conditions (LL. 9 et 10, *Ex quib. caus. maj.* — L. 224, *De verb. sign.*, L, 16. — L. 2, C., *Quib. ex caus. maj.*, II, 54); 4° ceux qui sont *in servitute*, c'est-à-dire libres en droit, esclaves en fait (L. 11, *Ex quib. caus. maj.*); 5° enfin ceux qui se trouvent *in hostium potestate* (LL. 14 et 15 pr., *Ex quib. caus. maj.*). — Toutes ces personnes sont restituées lorsque leur patrimoine a subi une diminution. C'est par exemple un bien qui leur a été enlevé par voie d'usucapion, une servitude qui a péri par le non usage, une action qui s'est éteinte *tempore*, ou encore leur chose était hypothéquée et le créancier l'a vendue. La restitution est également admise quand il s'agit d'une acquisition manquée. Ainsi un militaire est mort au service avant d'avoir pu demander une *bonorum possessio* qui lui était déférée (LL. 1, 2, 3, 6, C., *De rest. mil.*, II, 51. — L. 17 § 1; L. 27; L. 41, *Ex quib. caus. maj.*). Au surplus, le but du préteur est de réparer un dommage, non d'enrichir la personne lésée, et c'est pourquoi il ne restitue ni les actions pénales, ni la Publicienne, lorsque celle-ci est fondée sur la simple possession de bonne foi et que la restitution atteindrait le propriétaire (LL. 18 à 20, *Ex quib. caus. maj.*). Enfin nous devons toujours supposer que le droit perdu n'a pu être conservé d'aucune façon, et en conséquence la restitution ne compète ni à l'absent qui avait laissé un procureur chargé d'agir, ni à celui qui de retour a pu agir lui-même avant que la perte du droit fût entièrement consommée (L. 15 § 3; LL. 16 et 39, *Ex quib. caus. maj.*).

2e *clause.* — Ici la restitution n'est plus fondée sur la situation personnelle de l'individu dépouillé, mais sur celle de son adversaire que des raisons de fait ou de droit n'ont pas permis de poursuivre. Ainsi contre les personnes comprises dans la précédente clause il n'y a pas d'action en justice possible, et ce ne sont pas les seules : il y faut ajouter tous les absents dont l'absence, légitime ou non, ne se rattache pas à l'intérêt de l'État, les magistrats supérieurs que l'on n'appelle pas *in jus* sans leur consentement, les fous, les *infantes*,

(1) Aux absents *reipublicæ causa* l'on assimile leurs femmes, lorsqu'elles les ont suivis (LL. 1 et 2, C., *De ux. mil.*, II, 52).

les cités, les personnes présentes elles-mêmes lorsqu'elles ne viennent pas défendre (L. 21 § 1; L. 22 § 2; L. 23 §§ 3 et 4; LL. 24 et 25; L. 26 § 2, *Ex quib. caus. maj.*). Supposons donc que de telles personnes aient usucapé la chose d'autrui, aient été libérées d'une action temporaire, et d'une façon plus générale aient profité du droit qu'un tiers a perdu. Ce tiers peut demander la restitution *in integrum*, pourvu que lui-même n'ait aucune faute à se reprocher. Or cela suppose qu'il n'a ni trouvé ni fait des diligences pour trouver quelqu'un qui défendît valablement, c'est-à-dire en fournissant la caution *judicatum solvi* ou avec dispense de la fournir (L. 21 pr., §§ 1 à 3; L. 22 pr., *Ex quib. caus. maj.*). Cela suppose également qu'en fait une *missio in possessionem* n'a pas pu être obtenue ou qu'elle n'aurait pas assuré la conservation du droit (L. 23 § 4; LL. 24 et 25, *Ex quib. caus. maj.*) (1).

3e *clause*. — La restitution *in integrum* est accordée lorsqu'une action a été perdue par le fait du magistrat qui était absent, empêché pour une cause quelconque, ou qui a laissé traîner l'affaire en longueur soit par négligence, soit par dol (L. 26 pr., §§ 4 à 6, *Ex quib. caus. maj.*).

4e *clause*. — Cette dernière clause, destinée à combler les lacunes des trois précédentes, embrasse d'une manière générale les divers cas qui pourraient avoir échappé aux prévisions textuelles de l'édit et néanmoins rentrer dans son esprit. Le préteur se réserve de prononcer la restitution toutes les fois qu'elle lui paraîtra juste. C'est par application de cette disposition qu'il restitue les droits perdus par une personne dont l'absence se rattachait aux intérêts de sa cité, à ses études, à un procès ou à toute autre cause plutôt nécessaire que volontaire (L. 8; L. 26 §§ 1 et 9; L. 28 pr.; L. 40 § 1, *Ex quib. caus. maj.* — Voir aussi L. 1 § 9, *De it. act. que priv.*, XLIII, 19. — L. 2, *De exc. rei jud.*, XLIV, 2, et L. 15, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

II. — DE LA DEMANDE EN RESTITUTION *in integrum* ET DU DÉLAI DANS LEQUEL ELLE DOIT ÊTRE FORMÉE.

943. Le droit de demander la restitution *in integrum* naît en la

(1) L'analyse de cette seconde clause nous montre que les sentences de Paul (I, 7 § 2) s'expriment d'une façon trop étroite en fondant la restitution sur une *absentia legitima*. Ceux dont l'absence est légitime sont seuls restitués contre les tiers, mais les tiers sont restitués contre tous les absents, quelle que soit la cause de l'absence.

personne de celui qui a été lésé par l'une des causes précédemment indiquées. Mais il se transmet à ses héritiers ou autres successeurs universels (L. 6, *De in int. rest.*, IV, 1. — L. 3 § 9, *De min.*) et peut être cédé. Les textes nous offrent même des cas où cette cession est obligatoire (L. 24 pr., *De min.* — L. 25, *De adm. et per. tut.*, XXVI, 7. — L. 20 § 1, *De tut. et rat.*, XXVII, 3).

Si l'on recherche contre qui la restitution *in integrum* peut être demandée, la règle générale est fort simple : c'est contre la personne avec *qui l'on a traité ou qui a directement profité* de l'acte (1). Ainsi un mineur se prétend lésé par une vente ou par une aliénation, son adversaire naturel est l'acheteur ou l'acquéreur. Ainsi encore mon absence m'a fait perdre une action temporaire, j'agis contre le débiteur libéré. Il résulte du principe posé que la demande peut être formée contre plusieurs personnes. Par exemple, une acceptilation étant faite à un *correus promittendi* ou à un débiteur principal, la restitution sera demandée non seulement contre eux, mais contre les autres *correi* ou contre les débiteurs accessoires (L. 27 § 2, *De min.*). Mais supposons que l'acte attaqué soit une aliénation, et que le premier acquéreur ait lui-même aliéné. La restitution pourra-t-elle être accordée *in rem*, c'est-à-dire contre le sous-acquéreur qui n'a ni traité avec le plaignant, ni recueilli le bénéfice immédiat de l'acte? Il est difficile de poser ici un principe absolu. Tout dépend des circonstances. Quand la restitution est fondée sur la minorité, elle n'est accordée *in rem* qu'autant que le sous-acquéreur a été de mauvaise foi au moment de son acquisition, ou que le premier acquéreur est insolvable (L. 13 § 1, *De min.*). Au contraire, la restitution est-elle fondée sur la crainte ou sur l'absence, elle paraît être d'ordinaire accordée *in rem* (L. 3, C., *De his quæ vi metusve*, II, 21. — L. 17 pr. ; L. 30 § 1, *Ex quib. caus. maj.*). Que si elle a pour cause le dol ou l'erreur, elle doit être difficilement donnée contre les sous-acquéreurs, à moins que leur mauvaise foi ne soit évidente.

C'est un principe que la demande en restitution ne peut être portée que devant les magistrats supérieurs. (L. 17 § 5, *De min.* — L. 26 § 1, *Ad mun.*, L, 1) (2). Mais parmi eux quel est celui auquel on

(1) Une loi de Justinien, qui par sa place et son langage semble se restreindre aux mineurs de vingt-cinq ans, décide que la restitution *in integrum* ne peut être demandée ni par un descendant contre son ascendant ni par un affranchi contre son patron (L. 2, C., *Qui et adv. quos in int.*, II, 42). L'empereur affirme que c'était là un point controversé dans l'ancien droit (Voir L. 27 § 4, *De min.*).

(2) Il y a sur ce point une constitution assez diffuse de Justinien. La *restitutio*

doit s'adresser? La réponse dépend de la nature de l'acte attaqué. Si ce n'est pas un jugement, la compétence appartient au magistrat sous la juridiction duquel le défendeur est placé, c'est-à-dire à celui qui devrait, en cas de procès, nommer le juge ou juger lui-même; or en général, et sous la réserve des matières qui donnent lieu à une compétence spéciale, ce sera le préteur ou le président de la province (L. 2, C., *Si adv. fisc.*, II, 37). Que si l'acte attaqué est un jugement, les magistrats inférieurs à celui qui a jugé ou nommé le juge sont toujours incompétents : mais la demande peut être soumise soit à ce magistrat lui-même ou à son successeur, soit à un magistrat supérieur (L. 18 pr.; L. 42, *De min.*). Par application de ce principe, l'empereur seul accorde la restitution contre ses propres sentences, et on décide de même pour celles de ses *procuratores* ou des juges par lui désignés, car elles sont réputées émaner de lui-même (L. 18 §§ 1, 3, 4, *De min.* — L, 3, C., II, *Si adv. rem jud.*, II, 27. — L. 1, C., *Ubi et apud quem cogn. in int. rest.*, II, 47). Cependant celles du préfet du prétoire, bien que ce magistrat statue *vice principis*, peuvent être rescindées par lui-même aussi bien que par l'empereur (L. 17, *De min.*). On remarquera ici combien la restitution *in integrum* diffère de l'appel. Le demandeur en restitution ne se plaint que de lui-même ou de son adversaire, l'appelant critique la décision rendue: voilà pourquoi l'un peut s'adresser au magistrat même qui a jugé et l'autre ne le peut pas.

944. J'ai déjà dit que dans le droit classique les mineurs de vingt-cinq ans ont une année utile pour solliciter et faire prononcer la restitution *in integrum* (n° 174). Mais cette règle ne leur est pas spéciale; elle s'applique, sur quelque cause que la restitution soit fondée (LL. 2 et 3, C., *De rest. mil.*, II, 51). Par cela même qu'il s'agit ici d'une année utile, elle ne court que du jour où l'inaction de la personne lésée peut être considérée comme une négligence, par conséquent du jour où la majorité de vingt-cinq ans est acquise, où la crainte cesse, où le dol et l'erreur sont découverts, où l'absent peut être poursuivi. Que si cette personne meurt n'ayant encore ni exercé ni perdu son droit, ses héritiers ont pour agir le temps qui lui restait à elle-même : ce sera donc, selon les cas, la totalité ou une

in integrum ne peut être accordée, dit-il, que par les juges qui ont une juridiction propre. Cela exclut les magistrats municipaux, les *defensores civitatis*, les *judices pedanei*, et à plus forte raison les arbitres *ex compromisso* (L. 3, C., *Ubi et ap. quem cogn.*, II, 47).

simple fraction du délai. Au surplus, que le défunt fût mineur ou majeur de vingt-cinq ans, cela est indifférent. A l'égard de l'héritier majeur, le délai court du jour de l'adition; à l'égard de l'héritier mineur, il est suspendu jusqu'à l'acquisition de la majorité. Jusque-là, en effet, l'inaction de l'héritier est imputable à son inexpérience, et le droit qu'il perdrait de se faire restituer comme héritier, il devrait le recouvrer comme mineur (L. 19, *De min.* — L. 3; L. 5 §§ 1 à 3, C., *De temp. in int. rest.*, II, 53). Dans la législation de Justinien, ce délai d'une année utile est remplacé, pour les majeurs comme pour les mineurs, par un délai de quatre ans continus (1). Mais ce changement n'a pas toute la portée que l'on pourrait d'abord être tenté de lui attribuer. En effet le point de départ des quatre ans reste fixé d'après les règles anciennes, et Justinien veut que la prescription demeure suspendue par la minorité, par l'absence *reipublicæ causa* et par les autres causes admises dans l'ancien droit (L. 7, C., *De temp. in int. rest.*). Sa pensée est donc que le calcul des quatre ans exclut toute déduction des jours où le magistrat n'aura pas rendu la justice. J'ajoute que sous Justinien comme avant lui, le droit à la restitution peut s'éteindre avant le temps par la ratification de l'acte rescindable. Mais cette ratification ne vaut qu'autant qu'elle ne participe pas du vice de l'acte, et cela suppose qu'elle intervient après que la cause de restitution a disparu ou a été découverte (L. 3 § 2; L. 30, *De min.* — L. 1, C., *Si in comm.*, II, 26. — LL. 1 et 2, C., *Si maj. fact.*, II, 46).

III. — PROCÉDURE ET EFFETS DE LA RESTITUTION *in integrum*.

Lib. IV, Tit. VI, *De actionibus*, § 5. — Rursus ex diverso, si quis, quum reipublicæ causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus qui in civitate esset usuceperit, per-

En sens inverse, supposons qu'un individu absent pour le service de l'État ou captif chez les ennemis ait usucapé la chose d'une personne présente à Rome. Dans l'année qui

(1) Pour les mineurs, mais pour eux seuls, une constitution de Constantin avait déjà substitué un délai fixe à l'année utile. Ce délai était de cinq ans à Rome et dans un rayon de cent milles autour de Rome (*Italia urbicaria*), de quatre ans dans le reste de l'Italie (*Italia annonaria*) et de trois ans dans les provinces (L. 2, C. Th., *De in int. rest.*, II, 16). Ces différences, qui ne se justifient pas en elles-mêmes, semblent indiquer qu'il y avait jadis des différences correspondantes dans la durée moyenne de l'année utile.

mittitur domino, si possessor reipublicæ causa abesse desierit, tunc, intra annum, rescissa usucapione, eam rem petere, id est, ita petere ut dicat possessorem usu non cepisse, et ob id suam rem esse. Quod genus actionis quibusdam et aliis, simili æquitate motus, prætor accommodat, sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet.

suit le retour du possesseur, l'ancien propriétaire peut, faisant rescinder l'usucapion, revendiquer la chose comme sienne, c'est-à-dire soutenir qu'elle n'a point été usucapée par le possesseur et qu'en conséquence lui-même en est resté propriétaire. Pour une raison d'équité semblable le préteur accorde une action de ce genre à quelques autres personnes, ainsi qu'on peut le voir avec développement dans le Digeste ou Pandectes.

Lib. IV, Tit. VI, *De actionibus*, § 6. — Item, si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus ex sententia præsidis possessis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse

De même, lorsqu'un propriétaire a aliéné sa chose en fraude de ses créanciers, ceux-ci, mis en possession de ses biens par une sentence du président, peuvent faire rescinder la tradition et revendiquer la chose, c'est-à-dire soutenir qu'elle n'a pas été livrée et qu'en conséquence elle est demeurée dans les biens de leur débiteur.

945. La procédure des restitutions *in integrum* se caractérise par la nécessité d'une *cognitio causæ* (L. 3, *De in int. rest.*). Mais qu'est-ce que cela signifie ? Car s'il est vrai, comme je l'ai fait observer à propos de l'action *de dolo* (T. II, page 1070), que le magistrat ne délivre pas de formule sans examiner les circonstances, cet examen s'impose à lui d'une façon bien plus évidente encore lorsque c'est lui-même qui statue sur le fond. Ici, comme le nom même des *cognitiones extraordinariæ* nous l'indique, il doit toujours rechercher ce que vaut la prétention du demandeur et de quel côté est la vérité. Mais quand il s'agit d'une restitution *in integrum*, nous trouvons ceci de particulier que là même où elle est autorisée par l'édit, elle n'est pas absolument promise. En fait, quoique fondée sur une juste cause, elle pourrait être moins conforme à l'équité que le maintien de l'état de choses actuel, elle pourrait faire plus de mal que de bien. Aussi le magistrat se réserve-t-il un droit d'appréciation discrétionnaire dont il use très largement quand la demande a pour cause la minorité ou l'erreur,

beaucoup plus sobrement quand elle est motivée sur l'absence ou sur l'un des faits qu'on y assimile.

En règle générale, la décision du magistrat est précédée d'un débat contradictoire. Le demandeur doit donc appeler *in jus* celui ou ceux contre qui il demande la restitution (1). Mais conformément aux usages de la procédure extraordinaire, la *contumacia* du défendeur ne saurait arrêter la marche de l'affaire, et au besoin le magistrat statue par défaut (L. 13 pr., *De min.*). Du reste, contradictoire ou non, sa décision constitue un véritable jugement, et par conséquent la restitution une fois refusée ne peut plus être sollicitée pour la même cause (2), mais l'appel est admis dans tous les cas selon les règles du droit commun (Paul, I, 7 § 3. — L. 1, C., *Si sæp.*, *in int.*, II, 44. — L. 39 pr., *De min.*). Au surplus pendant tout le cours de l'instance les choses restent dans l'état où elles se trouvaient au début ; si donc l'acte attaqué n'avait pas encore été exécuté, l'exécution en est suspendue : à ce point de vue la demande en restitution est absolument comparable à l'appel interjeté (L. 32, C., *De trans.*, II, 4. — L. 1, C , *In int. rest. post.*, II, 50).

946. Passons aux effets de la restitution prononcée. L'acte rescindé par l'autorité du préteur ne perd pas de plein droit son existence, mais toute force effective lui est désormais ôtée, et il y a lieu de revenir sur les effets qu'il a déjà produits (3). Le patrimoine de la partie gagnante doit être remis dans l'état où il se trouverait aujourd'hui sans l'acte rescindé. Le droit qui en est sorti y rentre donc, mais il n'y rentre que dans les conditions où il y figurait au jour où la cause de restitution s'est produite. Ainsi, ma chose étant possédée par un tiers, des fêtes extraordinaires viennent suspendre inopinément le cours de la justice, et pendant ce temps l'usucapion s'achève à mon détriment. Le préteur me rend bien mon action en revendication, mais pour l'exercer il ne me donne qu'un nombre de jours égal à celui que les fêtes m'ont enlevé. Nous pouvons supposer, l'exemple sera plus saisissant encore, que le possesseur de ma chose s'est absenté la veille même du jour où l'usucapion devait s'achever ; ici le préteur ne me

(1) Supposons la restitution demandée contre une répudiation d'hérédité. Si personne n'a fait adition, on peut dire que le demandeur en restitution n'a pas d'adversaire. Doit-il néanmoins appeler *in jus* les personnes à qui l'hérédité se trouve déférée par suite de sa répudiation ?

(2) On excepte le cas où de nouveaux moyens pourraient être produits (LL. 2 et 3, C., *Si sæp. in int.*, II, 44).

(3) Voir une exception à ce principe (Inst., III, 11 § 5).

donnera qu'un jour pour revendiquer (L. 26 §§ 7 et 8, *Ex quib. caus. maj.*). Ce n'est pas seulement le droit perdu qui est restitué, ce sont aussi les avantages qui en eussent été la conséquence. Ainsi un acheteur qui a payé son prix le recouvre augmenté des intérêts, un vendeur qui a livré se fait rendre les fruits avec la chose, et pareillement lorsque c'est un usufruit éteint qui revit, les fruits que l'usufruitier n'a pas recueillis lui sont dus (L. 24 § 4; L. 27 § 1, *De min.* — L. 23 § 2, *Ex quib. caus. maj.*).

De même que l'état antérieur est rétabli en faveur de la personne restituée, de même il est rétabli contre elle ; et par conséquent les charges dont l'acte attaqué l'affranchissait revivent, et elle doit rendre toutes les valeurs que cet acte a fait entrer dans ses mains. Ainsi la restitution porte-t-elle sur une répudiation d'hérédité ou de legs : les fidéicommis dont la disposition était grevée reprennent toute leur force (L. 41, *Ex quib. caus. maj.*). Suis-je restitué contre une adition d'hérédité : je rends tous les produits des biens héréditaires et toutes les sommes payées par les débiteurs du défunt. Contre une vente : je restitue le prix. Contre un achat : je restitue la chose (L. 7 § 5 ; L. 24 § 4 ; L. 27 § 1, *De min.* — L. 1 pr. et § 1, C., *De reput.*, II, 48). Ces dernières décisions, et l'on pourrait y en ajouter d'autres semblables, signifient clairement que la restitution est jusqu'à un certain point réciproque, et que le demandeur recouvrant sa situation antérieure, par voie de conséquence le défendeur reprend également la sienne. En effet le même acte ne peut pas être tout ensemble rescindé et maintenu. Toutefois, de ce que le défendeur n'est restitué que par voie de conséquence, on conclut que tant que le décret de restitution n'est pas exécuté, le demandeur reste libre d'en arrêter les effets (L. 41, *De min.*). Une autre observation s'applique au cas spécial d'une restitution fondée sur la minorité : c'est que le mineur, ne devant point être appauvri, reprend bien tout ce qu'il a donné, mais ne rend ce qu'il a reçu que jusqu'à concurrence de son profit. Les textes précités sont formels à cet égard. Sous le bénéfice de ces réserves, le droit du défendeur à rentrer dans sa situation antérieure est tellement certain, que la restitution prononcée contre lui l'autorise au besoin à se faire lui-même restituer contre des tiers. Ainsi, après avoir acquis de moi la propriété d'un fonds, Titius l'a transférée à Seius : si j'obtiens une restitution *in rem*, Seius dépouillé doit être restitué contre Titius de façon à pouvoir exercer l'action en garantie (L. 15, *De min.* — L. 39 pr.; L. 66 § 1, *De evict.*, XXI, 2). Ainsi encore, m'étant obligé mineur,

je me fais restituer tout à la fois contre le créancier et contre le fidéjusseur : si celui-ci ne s'est pas engagé dans l'intention de prendre à sa charge le risque de la restitution qui pourrait être prononcée en ma faveur, lui-même obtiendra la restitution contre le créancier (T. II, p. 378, note 1). De même enfin, quand c'est une *expromissio* qui est rescindée, le créancier doit être restitué contre son précédent débiteur (L. 1 § 1, C., *De reput.*, II, 48).

947. Le décret qui prononce la restitution *in integrum* constitue un véritable jugement (L. 41, *De min.*), et par conséquent le magistrat peut recourir à la force pour le faire exécuter. Cependant nous voyons que parfois à la suite de ce décret des actions sont délivrées, que l'on appelle rescisoires ou restitutoires (L. 46 § 3, *De proc.*, III, 3. — L. 26 §§ 5 et 6, *Ex quib. caus. maj.* — L. 24, C., *De rei vind.*, III, 32). Ces actions ont une formule fictice : la fiction consiste à réputer non avenu l'acte rescindé, et elle est rendue nécessaire par cette considération que la rescision n'opère pas *ipso jure*. Mais abstraction faite de leur forme qui s'explique d'elle-même, quelle est la raison d'être de telles actions? Comment comprendre qu'un nouveau litige soit nécessaire pour assurer l'effet de la restitution? Pour répondre à cette question fort délicate, je m'attacherai à deux hypothèses profondément différentes entre elles et néanmoins l'une et l'autre prévues dans le même texte d'Ulpien (L. 9 § 4, *Quod met. caus.*, IV, 2). Soit d'abord une acceptilation déterminée *metu*. Par cet acte le demandeur avait perdu le droit d'agir en justice ; par la restitution il le recouvre. Quoi de plus conforme à cette idée que la restitution consiste dans le rétablissement d'un état de choses antérieur? Sans doute si l'époque originairement fixée pour l'exigibilité de la créance est arrivée, le magistrat peut aussi, et cette marche est plus simple, condamner le défendeur à payer. Tout ici dépend de sa volonté (L. 24 § 5, *De min.*). Néanmoins je constate que dans cette hypothèse et dans toutes celles où le demandeur aurait eu besoin d'une poursuite judiciaire pour obtenir le bénéfice effectif de son droit, rien n'est plus naturel que la délivrance d'une action qui remplace l'action perdue, et peut-être qu'à l'origine ce procédé fut seul usité (1). La seconde

(1) Cette conjecture s'appuie sur le rapprochement de deux textes (L. 1 § 1 ; L. 2 pr., *Ex quib. caus. maj.*). D'une part, en effet, l'édit relatif à la restitution *propter absentiam* semble bien se borner à promettre la résurrection des actions éteintes. D'autre part Callistrate constate que de son temps cette disposition ne s'applique à peu près plus et que les personnes désignées dans l'édit obtiennent justice *extra ordi-*

hypothèse est celle d'une aliénation déterminée *metu*. Ici le demandeur a perdu une chose, et non pas simplement une action. Il semble donc qu'après avoir rescindé le transport de propriété, le magistrat devrait, au lieu de lui délivrer une action en revendication, lui procurer immédiatement la restitution matérielle de sa chose, et tel est en effet le procédé que Julien nous montre employé dans une espèce absolument semblable, celle d'une aliénation rescindée pour minorité (L. 39 pr., *De evict.*, XXI, 2). Mais Ulpien, examinant la même espèce, donne formellement au magistrat le choix entre deux partis, ou terminer tout lui-même ou délivrer une action réelle rescisoire. Ici est la vraie difficulté. Pour expliquer cette action, on a conjecturé que la restitution était quelquefois conditionnelle, c'est-à-dire subordonnée à la vérification d'un point de fait, tel que ceux-ci, le demandeur était-il vraiment mineur de vingt-cinq ans? la lésion qu'il allègue est-elle réelle? La propriété lui appartenait-elle? C'est quand de telles questions doivent entraîner de trop longs débats que les plaideurs seraient renvoyés devant un juge, et selon la solution qu'elles recevraient, la restitution s'évanouirait ou produirait ses effets. Cette explication est d'autant plus vraisemblable que la *cognitio prætoria* devait être non seulement commencée, mais terminée dans l'année utile. Je me garderai donc de la repousser. Mais ne peut-on pas admettre aussi que fort souvent le renvoi à un juge tenait à la difficulté de régler l'étendue des prestations réciproques que se devaient les parties? De telles difficultés se conçoivent tout particulièrement quand la restitution fait revivre un droit réel ou anéantit un contrat synallagmatique déjà exécuté. Pourquoi alors, après avoir rétabli l'état de droit antérieur, le magistrat ne remettrait-il pas à un juge le soin d'en tirer les conséquences (1)?

948. Aux idées qui viennent d'être développées se rattachent deux textes difficiles des Institutes (§§ 5 et 6 *sup.*). Il faut les analyser et en déterminer la signification.

nus. Qu'est-ce à dire, sinon qu'autrefois la restitution aboutissait à la délivrance d'une formule et qu'aujourd'hui le magistrat a l'habitude de terminer tout lui-même?

(1) Je n'ai parlé que d'actions rescisoires. Mais il y a des situations où ces actions sont nécessairement remplacées par des exceptions ou par des répliques. Ainsi ma chose a été usucapée en mon absence, et je la possède : une exception me suffira (L. 28 § 5, *Ex quib. caus. maj.*). Mineur, j'ai déféré le serment à mon débiteur et il l'a prêté. Mon action n'est point éteinte et le préteur n'a pas besoin de me la rendre, mais il me donnera une réplique contre l'exception *jurisjurandi* (L. 9 § 4, *De jur.* XII, 2).

La première des deux hypothèses prévues est celle d'une personne qui absente *reipublicæ causa* usucape la chose d'une personne présente *in civitate* (§ 5 *sup.*) (1). Au retour de l'absent, le propriétaire dépouillé pourra dans l'année utile faire rescinder l'usucapion et exercer une revendication fondée sur la fiction que sa chose n'a point été usucapée (2). Cette fiction est exactement l'inverse de celle que nous avons trouvée dans l'action Publicienne, puisque au lieu de supposer accomplie une usucapion qui ne l'est pas encore, elle répute non avenue une usucapion très réellement accomplie. La marche et le langage des Institutes font bien ressortir cette antithèse. Les deux fictions y sont exposées dans deux paragraphes qui se touchent (§§ 5 et 6, *De act.*) et dont le second commence par le mot *rursus*. Cette observation a conduit un certain nombre d'interprètes à qualifier publicienne rescisoire ou contre-publicienne l'action réelle fondée sur la rescision de l'usucapion, et ces qualifications paraissent tout d'abord d'autant plus acceptables que Paul mentionne quelque part une publicienne rescisoire (L. 35 pr., *De obl. et act.*, XLIV, 7). Néanmoins il y a là une erreur certaine. L'action réelle rescisoire dont parle Justinien n'est qu'une de ces nombreuses actions rescisoires que l'on donne parfois à la suite des restitutions *in integrum*. Au besoin cela résulterait très suffisamment de la nature même de l'hypothèse qu'il prévoit et du langage qu'il emploie. Mais la dernière phrase de son paragraphe fournit en ce sens un autre argument décisif. Elle constate que des actions réelles de même nature, c'est-à-dire fictices et fondées sur la rescision d'une acquisition, sont données dans plusieurs autres cas. Quels sont ces cas? évidemment tous ceux où pour une raison quelconque la restitution *in inte-*

(1) Je crois n'avoir pas besoin d'insister pour faire comprendre comment cette usucapion est possible. S'il s'agit d'un immeuble, nous savons que l'absent en conserve la possession *animo solo* (n° 217). Dans tous les cas il peut posséder par l'intermédiaire de ses esclaves (L. 21 § 2; L. 23 § 3, *Ex quib. caus. maj.*).

(2) Le texte des Institutes comporte plusieurs critiques : 1° l'usucapion accomplie au profit d'un absent est rescindée quelle que soit la cause de l'absence. Pourquoi donc supposer tout spécialement une personne absente *reipublicæ causa?* 2° dans le droit de Justinien, l'usucapion peut être interrompue contre les absents (n° 247). La restitution *in integrum* n'est donc plus accordée dans l'hypothèse qu'il prévoit, et il eût beaucoup mieux fait de se placer dans le cas où c'est une personne présente qui usucape au détriment d'un individu absent *reipublicæ causa* ou captif; 3° Justinien, parlant ici d'une année utile, oublie que ce délai était depuis deux ans remplacé par celui de quatre années continues. — Ces observations prouvent que les rédacteurs des Institutes ont copié, sans beaucoup réfléchir, quelque ancien jurisconsulte. Mais elles sont indifférentes en ce qui concerne l'interprétation et la portée du texte.

grum a été accordée soit contre une usucapion, soit contre une aliénation volontaire. Or, dans l'hypothèse d'une aliénation volontaire, la fiction qui sert de base à l'action rescisoire ne forme plus antithèse à la fiction sur laquelle repose la publicienne. Reste donc à déterminer ce qu'il faut entendre par la publicienne rescisoire dont parle Paul, et cela n'est pas difficile. L'action rescisoire qui suit la restitution *in integrum* n'est autre que celle que la personne restituée avait perdue, elle n'a de spécial que son caractère fictice. Supposons donc qu'une chose *mancipi* m'avait été livrée simplement par le propriétaire : avant que j'eusse fini de l'usucaper, un tiers en a acquis la possession sans mon fait, mais en vertu d'une juste cause et avec bonne foi, puis il l'a usucapée. Si j'obtiens la rescision de cette usucapion, quelle est l'action qui me sera donnée? A coup sûr ce ne sera pas la revendication, puisque je n'ai jamais été propriétaire, ce ne peut être que la publicienne. La même décision est également vraie lorsque c'est un possesseur de bonne foi qui fait rescinder l'usucapion accomplie à son détriment par un tiers. Enfin le propriétaire lui-même, pourvu qu'il ait possédé pourrait, à la suite d'une usucapion rescindée, demander une publicienne rescisoire au lieu d'une revendication (T. II, page 1011, note 3) (1).

949. Passons au second des textes précédemment indiqués (§ 6 *sup.*). Un débiteur a fait une aliénation en fraude de ses créanciers, et ceux-ci ont été envoyés en possession de ses biens. Ils peuvent alors, obtenant la rescision de la tradition, intenter une action réelle où ils feindront que la chose est demeurée dans le patrimoine de leur débiteur. C'est cette action que nombre d'interprètes ont appelée Paulienne réelle (n° 849). Mais la rescision dont elle est précédée et son caractère fictice démontrent qu'ici encore il s'agit bien d'une action accordée à la suite et en exécution d'un décret prononçant la restitution *in integrum*. Quelle est donc l'utilité de cette restitution? car le droit commun fournit aux créanciers la ressource de l'action Paulienne. Remontons à l'époque ancienne où le juge de l'action arbitraire ne pouvait pas faire exécuter par la force la satisfaction qu'il avait ordonnée. Si l'action paulienne était intentée contre un insolvable qui refusât d'obéir à l'ordre du juge, la condamnation prononcée au profit

(1) C'est à l'une de ces trois hypothèses qu'il faut rapporter un texte fort connu de Papinien, texte où l'on devra lire *non inutiliter* au lieu de *non utiliter*. Cette correction est autorisée par les Basiliques (L. 57, *Mand.*, XVII, 1. — Basil., XIV, 1, 57).

des créanciers ne leur procurait qu'un dividende. Tout au contraire, par la restitution *in integrum* ils recouvraient la chose elle-même et par conséquent obtenaient une satisfaction entière ; mais cela suppose que le magistrat, au lieu de délivrer une action, veillait lui-même à l'exécution de son décret. Cette explication nous montre bien la raison d'être de la restitution *in integrum* fondée sur la fraude, mais elle ne nous éclaire pas sur l'avantage que les créanciers pouvaient trouver dans l'action *in rem*, et je suis fort porté à croire qu'ils n'y en trouvaient aucun, et que cette action, comme toutes les actions rescisoires de même nature, n'avait d'autre but que d'alléger la tâche du magistrat (1). Un jour vint, il est vrai, où dans les actions réelles le juge put faire exécuter *manu militari* la satisfaction qu'il ordonnait ; mais selon moi la même faculté dut lui appartenir aussi dans les actions personnelles arbitraires (n° 867 *in fine*). Dès lors l'action paulienne protégeait suffisamment les créanciers contre les aliénations frauduleuses, ils ne gagnaient plus rien à demander la restitution *in integrum*, et cela explique pourquoi la prétendue action paulienne réelle n'apparaît ni au Digeste ni au Code. C'est que bien loin d'avoir été inventée, comme on l'a soutenu, par la législation du Bas-Empire, elle était alors reléguée dans les écrits des anciens prudents, non pas abrogée sans doute, mais oubliée ou ignorée des praticiens.

DES INTERDITS.

Sommaire : I. Notion générale des interdits. — De leur objet. — De leur origine. — I. Distinction des interdits prohibitoires, restitutoires, et exhibitoires. — III. Autres classifications des interdits. — IV. Classification générale des interdits possessoires. — V. De l'interdit *quorum bonorum*. — VI. De l'interdit Salvien. — VII. Des interdits *uti possidetis* et *utrubi*. — VIII. De l'interdit *unde vi*.

I. — Notion générale des interdits. — De leur objet. — De leur origine.

Lib. IV, Tit. xv, *De interdictis*, pr. — Sequitur ut dispiciamus de interdictis, sive actionibus quæ pro his

Occupons-nous maintenant des interdits ou des actions qui en tiennent lieu aujourd'hui. Les interdits

(1) On a dit que cette action *in rem* pourrait être exercée contre des tiers que leur bonne foi dérobe à l'action paulienne. C'est une façon assurément de lui donner beaucoup d'intérêt, mais une façon peu raisonnable en elle-même et qu'aucun texte ne justifie.

exercentur. Erant autem interdicta formæ atque conceptiones verborum quibus prætor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat : quod tunc maxime faciebat, quum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur (Gaius, IV, §§ 138 et 139).

étaient des formules solennelles par lesquelles le préteur ordonnait ou défendait de faire quelque chose. Ils étaient principalement usités dans les contestations relatives à la possession ou à la quasi-possession.

§ 8. — De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere : nam quotiens extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie omnia judicia, non est necesse reddi interdictum; sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

Quant à la procédure et à l'issue des interdits, telles qu'elles étaient autrefois, il est inutile d'en parler aujourd'hui. Car toutes les fois que la justice est rendue extraordinairement, et c'est ce qui a lieu aujourd'hui dans tous les cas, l'émission d'un interdit n'est pas nécessaire; mais on juge sans interdit, comme si une action utile avait été donnée en exécution d'un interdit.

950. « Dans certains cas, dit Gaius (IV, § 139), le préteur ou le proconsul met en avant son autorité d'une manière principale en vue de terminer les procès, et cela surtout lorsque deux personnes se disputent la possession ou la quasi-possession. En résumé, il ordonne ou défend de faire quelque chose. Les formules et paroles solennelles dont il se sert pour cela s'appellent interdits ou décrets. » Il ressort de ce passage que l'interdit n'est qu'un ordre ou une défense prononcé par le magistrat supérieur, et qu'il a pour base immédiate l'autorité même de ce magistrat. Autour de ces deux idées essentielles vont se grouper un certain nombre d'idées secondaires.

Je dis d'abord que tout interdit contient ou un ordre ou une défense. Cependant Gaius (IV, § 140) nous avertit que, si l'on veut parler un langage tout à fait exact, il faut réserver le nom d'interdits aux défenses, les ordres du magistrat s'appelant proprement décrets (1).

(1) Cette observation de Gaius nous montre bien que le mot *interdictum* n'a pas d'autre origine que le verbe *interdicere*, qui signifie proprement prohiber ou défendre. Cependant Justinien (§ 1, *in fine*, *De int.*) le fait dériver de *inter duos dictum*, parce que tout interdit met en jeu deux parties. Mais on peut en dire autant d'une action quelconque. Cette étymologie de fantaisie n'a donc pas même le mérite de répondre au sens du mot. Isidore de Séville (*Orig.*, V, 25, 33) en donne une autre qui ne vaut pas mieux : *interdictum* viendrait de *interim dictum*, attendu

Mais, en supposant que cette distinction ait jamais été admise, elle disparut de fort bonne heure. Cicéron n'en tient nul compte (1) ; Gaius lui-même ne s'y attache pas (IV, §§ 141 et s.), et les Institutes (§ 1, *in fine*, *De int.*) ne la mentionnent que pour constater que la pratique avait consacré la signification générale du mot interdit. Conformément à l'esprit de l'ancien droit romain, ces ordres et ces défenses sont conçus en termes solennels (pr. *sup.*). Par la force des choses ils s'adressent nécessairement à une personne déterminée qui est le défendeur ; et comme ils impliquent un litige et par conséquent appartiennent à la juridiction contentieuse, ils supposent le magistrat siégeant à son tribunal et les deux parties présentes *in jure* (Gaius, IV, §§ 164 et 165).

J'ai dit en second lieu que les interdits sont fondés sur l'autorité du magistrat ; selon l'expression de Gaius, elle y joue un rôle principal. Cela signifie qu'il n'agit point ici comme exécuteur d'une procédure générale. Son action est déterminée par certains faits ou circonstances dont aucun texte ne règle les conséquences. C'est lui-même qui fait la loi, et il la fait restreinte au litige présent et aux parties en jeu. D'où nous devrions conclure, si Gaius ne nous le disait pas formellement, que nous sommes ici dans une matière exceptionnelle et que le droit d'émettre des interdits est limité à certains cas (*certis ex causis*). Toutefois, cette façon de concevoir le caractère principal de l'intervention du magistrat ne fut absolument vraie qu'à l'origine. En émettant un interdit, non seulement il n'appliquait pas le texte précis d'une loi proprement dite, mais il n'obéissait à aucune disposition d'avance formulée par lui-même. Cela est évident, puisque, comme des textes nous le démontreront bientôt, les interdits étaient usités dès l'époque des Douze Tables, alors que les magistrats ne rendaient pas encore d'édits (n° 19). Mais d'assez bonne heure, sans aucun doute avant le temps de Cicéron, les interdits prirent place dans l'édit (*in albo*, L. 1, C., *De int.*, VIII, 1), c'est-à-dire que le magistrat régla dans quels cas et à quelles conditions il les accorderait (2). Nous en avons mainte

que l'interdit n'aboutirait qu'à une décision provisoire. Mais nous verrons bientôt que si cette idée est exacte dans un certain nombre de cas, elle n'est pas vraie comme idée générale.

(1) A cet égard on consultera le plaidoyer *pro Cecina*. Le client de Cicéron a obtenu l'interdit *unde vi*, qui est restitutoire, et cependant Cicéron emploie presque constamment le mot *interdictum*.

(2) Le préteur ne se montre pas plus rigide ici qu'en matière d'actions, et au besoin, par des raisons d'analogie, il étend l'application de ses dispositions. De là des inter-

preuve au Digeste, où la plupart des titres relatifs aux divers interdits débutent par une reproduction au moins partielle du texte prétorien. Et c'est pourquoi Gaius (IV, §§ 141 et 165) et bien avant lui Cicéron (*Pro. Cecina*, 16) voient dans la désobéissance à l'interdit une contravention à l'édit lui-même. Il semble que dès lors la procédure des interdits aurait dû se confondre absolument avec la procédure ordinaire. Cependant l'antique distinction subsista aussi longtemps que le système formulaire. Dans chaque cas particulier les plaideurs durent encore s'adresser au magistrat et celui-ci prononcer un ordre ou une défense. C'est en ce sens que son intervention continua d'être principale.

951. Une fois prononcé l'interdit devient le principe d'une obligation, car le défendeur est désormais tenu de faire ou de ne pas faire, ce qui est l'essence même de toute obligation. S'il obéit au magistrat, la difficulté est immédiatement terminée. Mais s'il résiste, son obligation a besoin d'une sanction. En quoi consistera-t-elle? Pour l'époque des *legis actiones*, nous ne pouvons rien affirmer. Nous ne savons pas si le magistrat connaissait *extra ordinem* de la violation de l'interdit, ou s'il renvoyait les parties devant un juge après leur avoir fait accomplir les solennités de la *legis actio;* toutefois, j'inclinerais vers cette seconde opinion, et j'en dirai bientôt le motif. Quant à l'époque classique, Gaius (IV, § 141) nous renseigne de la façon la plus claire. Une formule sera délivrée, un juge ou des récupérateurs seront nommés avec mission de rechercher si le défendeur a fait ce qui lui était interdit ou a négligé de faire ce qui lui était ordonné. De sorte que selon ma précédente remarque, si les interdits, considérés en eux-mêmes, c'est-à-dire en tant que simples ordres ou défenses, appartiennent à la *cognitio extra ordinem*, ils n'aboutissent, ils ne donnent de résultats certains que par une application ultérieure de la procédure ordinaire, et à vrai dire, ils n'ont d'autre but que de fournir une base à cette procédure (1). Par cela même que l'interdit n'est que le

dits utiles (L. 1 § 12, *De flum.*, XLIII, 12. — L. 1 § 9, *De it. act. que priv.*, XLIII, 19. — L. 1 § 3, *De migr.*, XLIII, 32).

(1) Avant la découverte des commentaires de Gaius, beaucoup d'interprètes niaient que les interdits pussent aboutir à l'organisation d'un *judicium* ordinaire. Cependant les textes dès lors connus suffisaient à condamner cette opinion. Elle avait contre elle le témoignage formel de Théophile (sur le pr. *sup.*), plusieurs fragments de l'édit Prétorien (L. 1 pr., *Ne vis fiat ei qui in poss.*, XLIII, 4. — L. 1 pr., *De vi*, XLIII, 16. — L. 1 pr., *Ut poss.*, XLIII, 17), deux textes, l'un d'Ulpien (L. 1 § 5, *Si ventr. nom.*, XXV, 5), l'autre de l'*agrimensor* Frontin (*De contr.*, éd. Lachmann, p. 16), tous les deux portant qu'à la suite de l'interdit on plaide *jure ordinario*, et

préliminaire de la délivrance d'une formule, nous sommes autorisés à penser que la *vocatio in jus* et le *vadimonium* s'emploient en cette matière comme s'il s'agissait d'obtenir immédiatement une action, et nous nous expliquons que le défendeur ne comparaissant pas, et personne ne venant défendre en son nom, l'émission de l'interdit soit remplacée par les mesures d'exécution que le préteur prend à l'égard des *indefensi* (L. 3 § 14, *De hom. lib. exhib.*, XLIII, 29). Les actions délivrées à la suite des interdits sont nécessairement personnelles (1), puisque, selon ce qui a été dit tout à l'heure, elles ne sanctionnent jamais que des obligations (L. 1 § 3, *De int.*, XLIII, 1) (2). Comme toutes les autres du reste, elles comportent des exceptions (Cic., *pro Cecina*, 8. — L. 1 § 16, *De flum.*, XLIII, 12. — L. 1 § 6, *Ne quid in flum.*, XLIII, 13. — L. 4 §§ 3 à 5, *De lib. exhib.*, XLIII, 30) et n'aboutissent, tel fut du moins la règle primitive, qu'à des condamnations pécuniaires (Gaius, IV, § 163. — L. 3 § 11, *De tab. exhib.*, XLIII, 5. — L. 5 § 44, *Ne quid in loc. publ.*, XLIII, 8. — L. 3 § 13, *De hom. lib. exhib.*).

952. Les interdits se rapportent ou aux choses divines, ou aux choses humaines. Bien que cette distinction ne paraisse pas offrir d'intérêt pratique, les compilateurs du Digeste l'ont placée deux fois, sous des formes un peu différentes, en tête du titre général *De interdictis* (L. 1 pr.; L. 2 § 1, XLIII, 1). Et en effet elle doit être connue si l'on veut rechercher avec quelque sûreté l'origine et la raison d'être des interdits. Elle aura de plus l'avantage de fixer un instant notre attention sur quelques-uns de ceux dont l'explication détaillée ne rentre pas dans mon cadre.

Les interdits *de rebus divinis* se divisent, comme ces choses elles-mêmes, en deux catégories. Il y en a d'abord qui protègent les *res*

enfin un texte où Pomponius parle d'un *judex sumptus ex interdicto* (L. 21 pr., *Quod vi aut clam*, XLIII, 24).

(1) Ces actions sont-elles *utiles?* Les Institutes paraissent le dire (§ 8, *De int.*). Mais cela est difficile à soutenir si l'on s'attache au sens étroit et technique du mot *utilis* (T II, p. 939, note 2). Le texte des Institutes, tel qu'il est expliqué dans la paraphrase de Théophile, ne doit s'entendre que des actions qui, dans le dernier état du droit, ont remplacé les interdits.

(2) Ce texte fait remarquer que le caractère personnel de ces actions est indépendant de la forme de rédaction adoptée dans l'édit. Dans certains cas, en effet, la formule générale de l'interdit est conçue *in personam*, comme si le magistrat s'adressait à une ou à deux personnes déterminées; dans d'autres cas, elle est conçue *in rem* et s'adresse à tout le monde (Comparer par exemple L. 1 pr., *Quor. bon.*, XLIII, 2, et L. 1 pr., *Ne vis fiat ei qui in poss.*, XLIII, 4).

sacræ. Ainsi nul particulier ne peut se servir d'un terrain sacré pour y élever ou y appuyer une construction ou un ouvrage quelconque, et les travaux faits dans de telles conditions doivent être enlevés. C'est là l'objet d'un et peut-être de deux interdits (L. 1 pr., *Ne quid in loc. sacr.*, XLII, 6. — L. 2 § 19, *Ne quid in loc publ.*, XLIII, 8). D'autres ont trait aux *res religiosæ*. Tels sont les interdits *de mortuo inferendo* et *de sepulcro ædificando*, par lesquels il est défendu d'opposer aucun obstacle à celui qui, usant de son droit, veut enterrer un mort dans un lieu déjà religieux ou encore profane, ou lui élever un tombeau (L. 1 pr. et § 5, *De mort. inf.*, XI, 8).

Quant aux interdits *de rebus humanis*, Paul les subdivise en quatre catégories, selon qu'ils sont établis *utilitatis publicæ causa*, *sui juris tuendi causa*, *officii tuendi causa*, *rei familiaris causa* (L. 2 § 1, *De int.*) (1). Reprenons et expliquons ces quatre termes.

Les interdits *utilitatis publicæ causa* s'appliquent à des choses comprises dans le domaine public. Je citerai d'abord les interdits *ne quid in loco publico fiat* et *de loco publico fruendo*. L'un défend à toute personne non autorisée par une loi ou autre acte équivalent de construire sur un terrain public ou d'y appuyer des ouvrages quelconques, lorsque cela doit nuire à quelqu'un (L. 1 pr., *Ne quid in loc. publ.*, XLIII, 8) (2). L'autre tend à assurer la jouissance paisible de celui qu'un bail régulier a mis en possession d'un bien public (L. 1 pr., *De loc. publ. fr.*, XLIII, 9). D'autres interdits de la même espèce se rapportent aux voies et chemins publics. J'en résume ainsi les divers objets : défense de faire sur ces voies et chemins ou d'y appuyer des ouvrages propres à les détériorer (3) ; ordre à celui qui a fait de tels ouvrages de les détruire ; défense d'empêcher que qui que ce soit use, selon son droit, des voies et chemins publics ; enfin défense d'apporter aucun obstacle à quiconque se propose de les réparer, de les dégager,

(1) Ulpien (L. 1 pr., *De int.*) adopte une autre subdivision. Les interdits *de rebus humanis* concernent, dit-il, ou des *res alicujus* ou des *res nullius*. Les premiers se confondent évidemment avec les interdits *rei familiaris causa*, et les trois autres catégories de Paul sont comprises dans la seconde d'Ulpien.

(2) La destruction de tels ouvrages, quand ils ont été faits avant l'émission de tout interdit et sans rencontrer de résistance, n'est pas ordonnée au moins en général. Celui qui les a faits les conserve moyennant une redevance (L. 1 § 17, *Ne quid in loc. sacr.*).

(3) Ceci ne s'applique qu'à la campagne. A la ville la procédure des interdits serait trop lente. Le magistrat chargé de la voirie veille directement à la conservation des voies publiques (L. 2 § 24, *Ne quid in loc. publ.*).

ou de les rétablir dans leur état primitif, le tout sans les détériorer (L. 2 §§ 20, 35, 45, *Ne quid in loc. publ.* — L. 1 pr., *De via publ. et it. publ.*, XLIII, 11). Les fleuves publics ont droit à la même protection que les routes terrestres, et de là d'autres interdits contenant défense de faire dans le fleuve lui-même ou sur ses rives des ouvrages qui gêneraient la marche ou le stationnement des navires et autres embarcations; ordre de détruire les ouvrages de ce genre qui seraient déjà faits (L. 1 pr. et § 19, *De flum.*, XLIII, 12); défense d'entreprendre dans un fleuve public ou sur ses rives des travaux qui modifieraient la direction ou le niveau de l'eau tels qu'ils étaient durant l'été de l'année précédente ; ordre de détruire les travaux exécutés dans ce but (L. 2 pr. et § 11, *Ne quid in flum. publ.*, XLIII, 13) ; défense d'entraver ceux qui naviguent sur les fleuves, lacs, canaux ou étang publics, ou qui chargent ou déchargent sur les rives (L. 1 pr., *Ut in flum. publ. nav.*, XLIII, 14) ; enfin défense de s'opposer aux travaux qu'un propriétaire riverain veut faire dans un fleuve public ou sur la rive à l'effet de protéger son fonds contre les eaux, pourvu d'ailleurs que la navigation ne doive pas en souffrir et qu'il offre de donner pour dix ans la *cautio damni infecti* (L. 1 pr., *De rip. mun.*, XLIII, 15).

Passons aux interdits que Paul qualifie un peu vaguement *sui juris tuendi causa*. Ce sont ceux qui ont pour base un véritable droit privé, mais un droit non appréciable en argent et non compris dans le patrimoine. Ainsi quelqu'un détient, ou par dol a cessé de détenir un fils de famille qui n'est pas le sien. Deux interdits, dont l'un n'est que la préparation de l'autre, compètent au père : ce sont les interdits *de liberis exhibendis* et *de liberis ducendis*, par lesquels il demande successivement à se faire représenter son fils et à l'emmener (L. 1 pr.; L. 3 pr. et § 1, *De lib. exhib.*, XLIII, 30) (1). Dans des conditions semblables l'interdit *de liberto exhibendo* compète au patron qui veut se faire représenter son affranchi pour exiger de lui des services promis (Inst., § 1, *De int.*).

(1) Régulièrement lorsqu'une femme mariée est restée soumise à la puissance paternelle, ces interdits compètent au père contre le mari. Mais j'ai déjà indiqué que ce droit strict fut abandonné sous les Antonins, et que, l'ancienne règle ayant fini par être renversée, ce fut le mari qui put agir contre le père de sa femme pour se la faire représenter et l'emmener (T. I, p. 221, note 2). Une autre dérogation aux anciens principes fut introduite par Antonin le Pieux. Il décida que ces interdits, étant demandés par un père sans moralité contre une mère honnête, seraient paralysés par une exception (L. 1 § 3; L. 3 § 5, *De lib. exhib.*).

Les interdits *officii tuendi causa* ne sont pas fondés sur un droit propre à celui qui les sollicite. Ils ont pour but de rendre un service, d'accomplir un devoir de morale. Paul ne cite comme tel que l'interdit *de homine libero exhibendo* donné contre celui qui détient frauduleusement une personne libre (L. 1 pr.; L 3 § 8, *De hom. lib. exhib.*, XLIII, 29) (1).

Les interdits *rei familiaris causa* ne concernent que des droits compris dans notre patrimoine. J'en citerai quelques-uns : 1° l'interdit fraudatoire déjà mentionné (T. II, page 1089, note 1); 2° l'interdit *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, créé pour assurer l'exécution des décrets qui prononcent un envoi en possession. En est tenu quiconque par dol empêche l'envoyé d'entrer ou de rester en possession (L. 1 pr., § 1 à 3, *Ne vis fiat ei qui in poss. miss. ret.*, XLIII, 4); 3° l'interdit *de tabulis exhibendis*, par lequel les personnes intéressées demandent qu'un testament ou autre acte de dernière volonté leur soit exhibé en présence du magistrat. Cet interdit suppose le testateur décédé, mais n'implique en aucune façon la validité de ses dispositions (L. 1 pr., §§ 1 à 5; L. 3 §§ 9 et 10, *De tab. exhib.*, XLIII, 5); 4° l'interdit *de arboribus cædendis*. Soit un arbre dont les racine se développent dans mon terrain, qui par conséquent m'appartient, mais dont les branches inclinent sur la maison ou sur le champ du voisin. Dans la première hypothèse, je dois l'arracher, dans la seconde je dois le réduire à une hauteur de quinze pieds au plus. Si je me refuse à exécuter ces obligations, notre interdit permet au voisin de se faire justice lui-même et de garder pour son compte l'arbre ou les branches coupées (L. 1 pr., §§ 2, 7 et 9, *De arb. cæd.*, XLIII, 27); 5° l'interdit *de glande legenda* (2), grâce auquel un propriétaire rural peut entrer tous les trois jours sur le fonds voisin pour y ramasser les fruits tombés de son propre fonds (L. 1, *De gland. leg.*, XLIII, 28); 6° l'interdit *de migrando*, fait pour empêcher que le bailleur d'une maison ne retienne les meubles du locataire qui a payé tous les termes échus ou à échoir (L. 1 pr., et § 1, *De migr.*, XLIII, 32) (3). Enfin à ces divers exemples on ajoutera tous les interdits possessoires et quasi-possessoires. Si l'on en croyait Gaius (IV, § 139) et Justinien (pr.

(1) Cet interdit ne compète ni contre le père qui use de son droit de puissance, ni contre le créancier qui détient son débiteur *judicatus*, ni contre la personne qui a racheté un citoyen captif et n'est pas encore indemnisée. Dans de tels cas et dans d'autres encore, la condition de fraude fait défaut (L. 3 §§ 2 à 4, *De hom. lib. exhib.*).

(2) Le mot *glans* désigne toute espèce de fruits (L. 236 § 1, *De verb. sign.*, L, 16).

(3) D'après le texte du préteur, le payement préalable des loyers n'est exigé

sup.), la possession et la quasi-possession formeraient le principal objet des interdits. Mais ce n'est pas là une vue entièrement exacte. Il est bien vrai que si l'on se renferme dans la sphère du pur droit privé, les interdits possessoires et quasi-possessoires priment tous les autres par leur importance comme par leur nombre. Mais si l'on considère dans son ensemble le domaine des interdits, assurément ceux qui ont trait aux choses *divini juris*, aux choses publiques, à la liberté individuelle, protègent des intérêts d'un ordre beaucoup plus élevé et plus général que ceux qui règlent de simples questions de possession. Cela suffirait au besoin à démontrer que les interdits possessoires ne sont pas non plus les plus anciens ; mais à cet égard une présomption plus forte encore se tire de la procédure primitive des actions réelles, où nous avons vu que le magistrat déterminait à son gré la partie qui posséderait pendant le litige (T. II, page 835 *in fine*).

953. Demandons-nous maintenant quelle fut l'origine des interdits. Il s'agit de rechercher d'abord comment le magistrat fut amené à régler les diverses matières qui en font l'objet, puis pourquoi il procédait dans chaque cas par voie d'ordre ou de défense au lieu d'appliquer immédiatement la procédure ordinaire : Ce sont là deux questions tout à fait distinctes, se rapportant l'une au fond et l'autre à la forme.

Sur la première question la réponse sera toute préparée, si je démontre que les interdits furent créés pour suppléer au défaut d'action civile, et que cependant l'usage des interdits remonte aux commencements de Rome et a ses racines dans le droit civil lui-même. Et d'abord, que tout interdit suppose absence d'action civile, cela résulte de quelques textes bien connus. Vous séquestrez un homme libre, et je veux faire cesser cette séquestration. Recourrai-je à l'action *ad exhibendum?* Non, dit Gaius, car tout intérêt pécuniaire me fait défaut. De là l'interdit *de libero homine exhibendo* (L. 13, *Ad exhib.*, X, 4). Pareillement, je veux me faire restituer une chose dont j'ai concédé la jouissance à titre de précaire. Nulle action civile ne me compète, disent Paul et Ulpien ; car le précaire ressemble à une donation, et dans les idées primitives des Romains la donation ne saurait en-

qu'autant que les objets à enlever ont été expressément engagés au bailleur. A défaut d'une telle convention le déplacement est toujours licite. Cela prouve que l'interdit *de migrando* remonte à une époque où l'hypothèque tacite du bailleur n'était pas encore admise. Du reste Ulpien constate que de son temps ce interdit n'était guère usité, et que le preneur recourait d'ordinaire à la voie plus simple et plus sure d'une *cognitio extra ordinem* (L. 1 § 2, *De migr.*).

gendrer une créance au profit du donateur. De là l'interdit *de precario* (L. 14, *De prec.*, XIII, 26. — L. 14 § 11, *De furt.*, XLIII, 2). La généralisation de ces textes n'a rien de téméraire ; il est trop évident que les interdits n'auraient jamais eu de raison d'être en présence d'actions déjà établies pour satisfaire aux mêmes intérêts. Quant à l'antiquité des interdits et au lien qui les rattache au droit civil, Pline l'Ancien (XVI, 6) et Ulpien (L. 1, § 8, *De arb. cœd.*) nous ont laissé des témoignages précieux. Ce sont les Douze Tables elles-mêmes, nous dit l'un, qui permettaient au propriétaire d'aller chercher ses fruits tombés sur le fonds voisin; ce sont elles aussi, nous dit l'autre, qui lui enjoignaient de réduire les arbres trop hauts qui projetaient leur ombre sur ce fonds. Que conclure de ces dispositions, sinon que les interdits *de glande legenda* et *de arboribus cœdendis* existaient déjà à l'époque des Douze Tables et ne faisaient que sanctionner des principes posés par le droit civil (1) ? Mais ces deux interdits n'ont qu'une importance médiocre, et ce qui est vrai d'eux est bien plus évidemment vrai de ceux qui ont trait à des choses non comprises dans notre patrimoine. La plupart de ceux-ci remontent sans aucun doute aux origines mêmes de Rome et se rattachent à des dispositions générales de la loi, car les intérêts auxquels ils s'appliquent sont de ceux que bien ou mal on protège dans tous les pays et à toutes les époques. Comment comprendre qu'il ait jamais été permis de construire sur un terrain sacré, de gêner les inhumations, d'entraver la navigation, de dégrader les voies publiques ou d'en empêcher l'usage, de violer la liberté individuelle, etc. ? La tolérance ou l'imprévoyance du législateur primitif à l'égard de tels actes n'est pas chose croyable, et certainement le magistrat qui intervenait pour les prévenir ou les réprimer ne créait pas le droit, il ne faisait que l'appliquer et le sanctionner. Concluons : s'il est vrai que les interdits ne concourent jamais avec des actions civiles, et si néanmoins un grand nombre d'entre eux, si les plus anciens et quelques-uns des plus importants, se rattachent à des principes posés dans les lois, c'est que dès l'origine le législateur romain établit une distinction bien tranchée entre les difficultés qui

(1) Le défaut d'action en ces deux hypothèses est assez étrange. Je veux bien qu'aucun droit réel ne s'y trouve mis en question. Mais pourquoi ne pas reconnaître au demandeur un droit de créance? Cela tint, je pense, à ce qu'il n'y a pas eu *negotium gestum* entre les parties. On ne prit pas garde qu'une obligation peut fort bien naître d'un certain état de choses, sans intervention d'aucun fait juridique, comme cela est admis dans l'action *finium regundorum*.

peuvent diviser les particuliers. Les unes résultent de la violation directe de l'un des droits qui composent notre patrimoine, c'est-à-dire d'un droit de propriété ou de créance ; là le droit civil établit des actions, en d'autres termes organise une procédure déterminée que le magistrat devra faire observer. D'autres, au contraire, résultent ou de la violation d'un principe de droit public, ou de faits qui, tout en lésant un intérêt privé, ne mettent en jeu aucune question de propriété ou de créance ; ici la loi se contente de formuler des principes généraux sans en régler le mode d'application. Par exemple elle déclare que l'usage des voies et des fleuves publics appartient à tous les citoyens, que tous doivent respecter les terrains sacrés ou publics, etc. Mais en ce qui concerne la sanction de ces règles, elle se décharge sur le magistrat qui trouvera dans son *imperium* les pouvoirs nécessaires pour mener à fin toutes les querelles (1). Ainsi conçus, les interdits n'appartiennent au droit honoraire qu'autant qu'on les envisage seulement dans leur forme et leur procédure ; mais l'idée première d'où ils dérivent, le droit qu'ils sanctionnent n'émane pas du magistrat. Ils sont créés en vertu d'une délégation du droit civil et non pour réparer un oubli par lui commis. Toutefois, cette idée ne doit point être poussée à l'exagération, elle n'est vraie que des interdits les plus anciens ; mais il y en a de relativement récents qui procèdent de principes étrangers au droit civil, et qui pour le fond comme pour la forme sont entièrement l'œuvre du magistrat. Tel est, comme l'indique son objet même, l'interdit accordé aux envoyés en possession, et tels sont aussi, je n'ose dire la totalité, mais à coup sûr la grande majorité des interdits possessoires (2).

(1) Un texte d'Ulpien montre clairement que les interdits se rattachent à l'*imperium* du magistrat (L. 7, *Ne quid in loc publ.*, XLIII, 8).

(2) En général on présente les interdits comme ayant eu pour objet de combler certaines lacunes du droit civil. Au fond, cette explication ne diffère pas beaucoup de la mienne. Mais la forme n'en est pas heureuse. Signaler les lacunes du droit civil, c'est l'accuser d'imprévoyance. J'ai tenu à montrer que parmi ces lacunes un grand nombre furent volontaires, que les principales matières qui composent le domaine des interdits n'échappèrent point à l'attention du législateur primitif, et qu'il fit sciemment une large part à l'autorité du magistrat. Ce qu'on présente trop souvent comme un oubli fut donc un système. Au surplus, d'autres explications, toutes insoutenables, ont été proposées : 1° la plus ancienne prétend que les interdits constituaient une voie plus sommaire, plus rapide que les actions, mais en revanche n'aboutissaient qu'à des décisions provisoires. Il y a là deux idées dont l'une est au moins douteuse et dont l'autre est beaucoup trop absolue. Ce que Gaius nous a révélé de la procédure des interdits nous prouve qu'elle était fort compliquée et pouvait être longue, et l'on verra bientôt que dans un très grand nombre d'interdits

954. Notre première question ainsi résolue, la seconde offrira moins de difficulté. Si la procédure ordinaire ne fut point appliquée ici, c'est que par la force des choses elle était inapplicable. En effet, il ressort de mes précédentes explications que l'usage des interdits date d'une époque où le *jus edicendi* n'appartenait pas encore aux magistrats. Or qu'est-ce que le *jus edicendi*, sinon le droit de formuler d'avance des règles générales pour toute une catégorie d'hypothèses? Tant que les magistrats ne possédèrent pas ce droit, créer des actions leur fut impossible, car c'eût été poser des règles générales. Dès lors, se trouvant en présence de difficultés que le droit civil n'avait pas prévues ou pour lesquelles il n'avait pas organisé de procédure, que pouvaient-ils et que devaient-ils faire? Évidemment procéder par voie d'ordre ou de défense, c'est-à-dire faire une loi spéciale pour la cause (1). C'est donc sous la forme de l'interdit que s'exerça primitivement le pouvoir législatif du magistrat. Le *jus interdicendi* ne fut que le précurseur du *jus edicendi*. Je conclus de là que le jour où les magistrats purent rendre des édits, la création de nouveaux interdits n'eut plus aucune raison d'être. Selon toute probabilité néanmoins ils en créèrent encore quelques-uns. Comme exemple sur lequel le doute est à peu près impossible, je citerai les interdits quasi-possessoires qui paraissent de date assez récente, mais on les explique aisément par cette idée qu'il eût été bizarre de ne pas appliquer à la quasi-possession les mêmes modes de protection qu'à la possession elle-même.

le juge statue sur le fond du droit; 2° les premiers interdits auraient été créés pour protéger les concessionnaires de l'*ager publicus*, simples possesseurs et non propriétaires. Cette explication ne rend compte que des interdits possessoires, elle a donc pour premier défaut d'être trop étroite; de plus, elle suppose que ces mêmes interdits auraient précédé tous les autres, ce qui est absolument invraisemblable; 3° les interdits auraient eu de tout temps l'avantage de ne point aboutir à une simple condamnation pécuniaire et d'assurer au demandeur une satisfaction adéquate à sa demande. Mais j'ai déjà cité des textes contre lesquels cette opinion ne saurait tenir (n° 950 *in fine*). L'un d'eux est d'autant plus concluant, qu'il se rapporte à l'interdit de *homine libero exhibendo*. Si la satisfaction en nature pouvait jamais être exigée, ce serait assurément dans cette hypothèse. Or que dit le texte? que le résistance du défendeur qui aime mieux se laisser condamner que d'exhiber ne peut être surmontée que d'une manière indirecte, par la répétition indéfinie du même interdit et par une série de condamnations accumulées les unes sur les autres. Obéir ou finir par la ruine et l'emprisonnement, voilà sa situation.

(1) Une autre explication a été donnée : on a prétendu qu'un ordre ou une défense du magistrat étaient nécessaires pour fournir une base aux *sponsiones pœnales*, que primitivement les parties exigeaient l'une de l'autre à la suite de tout interdit. Mais de telles *sponsiones* n'ont rien d'incompatible avec la procédure ordinaire (Gaius, IV, § 171).

Reste une question encore plus obscure que les deux précédentes, mais assurément beaucoup moins importante. On a vu que les interdits finirent par prendre place dans les édits annuels. Dès lors, ne semble-t-il pas que la formule aurait dû être délivrée tout droit sans le préliminaire d'un ordre ou d'une défense? Cependant le magistrat continua d'intervenir dans chaque cas, et cet usage persista pendant une série de siècles. Un tel fait comporte-t-il quelque explication rationnelle? Je ne le crois pas et suis fort tenté de ne l'imputer qu'à la ténacité de l'habitude et à l'esprit de routine. Ce qui est hors de doute, c'est qu'à l'époque classique le domaine des interdits n'était plus comme autrefois nettement circonscrit et distinct de tout autre. On les voit parfois concourir soit avec des actions ordinaires (1), soit avec des *cognitiones extra ordinem* (1). Cette sorte de promiscuité les condamnait hautement comme inutiles et présageait leur disparition. Ils périrent en effet avec le système formulaire, et cela, nous dit Justinien, par une conséquence même du changement général de procédure (§ 8 *sup.*). Toutefois, le rapport de cause à effet qui relierait ces deux phénomènes l'un à l'autre n'apparaît pas avec une pleine évidence, et l'on peut croire à une simple coïncidence. Le seul point certain, c'est que dans le dernier état du droit les interdits sont remplacés par des actions ordinaires (pr. *sup.*). Leur nom n'est plus qu'un souvenir.

II. — Distinction des interdits prohibitoires, restitutoires, et exhibitoires.

Lib. IV, Tit. xv, *De interdictis*, § 1. — Summa autem divisio interdictorum hæc est, quod aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria sunt, quibus vetat aliquid fieri, veluti vim sine vitio

Les interdits, telle en est la division principale, sont prohibitoires, restitutoires, ou exhibitoires. Sont prohibitoires ceux par lesquels le préteur défend de faire quelque chose, par exemple d'user de vio-

(1) J'ai déjà signalé le concours de l'interdit fraudatoire et de l'action paulienne (T. II, p. 1073, note 1). Pomponius indique une hypothèse où l'on peut choisir entre l'action *ad exhibendum* et un interdit (L. 15, *Ad exhib.*, X, 4). Nous voyons aussi qu'une action *in factum* peut être exercée à la place de l'interdit *de mortuo in ferendo* et de celui qui assure à tous l'usage des voies et chemins publics (L. 9, *De rel.*, IX, 7. — Paul, V, 6, § 2).

(2) Précédemment j'ai cité un exemple remarquable (T. II, page 1342, note 3). On en trouve d'autres (L. 5 § 27, *Ut in poss. leg.*, XXXVI, 4. — L. 3 pr., *Ne vis fiat ei qui in poss.*, XLIII, 4).

possidenti vel mortuum inferenti quo ei jus erat inferendi, vel in loco sacro ædificari, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri quo pejus navigetur. Restitutoria sunt, quibus restitui aliquid jubet, veluti bonorum possessori possessionem eorum quæ quis pro herede autpro possessore possidet ex ea hereditate, aut quum jubet ei qui vi possessione fundi dejectus sit, restitui possessionem. Exhibitoria sunt per quæ jubet exhiberi, veluti eum cujus de libertate agitur, aut libertum cui patronus operas indicere velit, aut parenti liberos qui in potestate ejus sunt. Sunt tamen qui putant proprie interdicta ea vocari quæ prohibitoria sunt, quia interdicere est denuntiare et prohibere; restitutoria autem et exhibitoria proprie decreta vocari : sed tamen obtinuit omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.

lence contre celui qui possède sans vice ou qui veut enterrer un mort là où il en a le droit, de construire sur un terrain sacré, de faire dans un fleuve public ou sur ses rives des ouvrages nuisibles à la navigation. Sont restitutoires ceux par lesquels il ordonne de restituer quelque chose : par exemple au *bonorum possessor*, il fait restituer les objets héréditaires qu'un tiers possède *pro herede* ou *pro possessore*, ou bien il fait rendre la possession d'un fonds à celui qui en a été dépossédé par violence. Sont exhibitoires ceux par lesquels il ordonne une exhibition ; ainsi il veut que l'on exhibe l'homme dont la liberté fait l'objet d'un procès, l'affranchi dont son patron veut exiger des services, ou les enfants réclamés par le père qui a sur eux la puissance. Cependant quelques auteurs pensent que la dénomination d'interdits n'est tout à fait exacte que pour les interdits prohibitoires, car interdire c'est défendre et prohiber ; et que les interdits restitutoires ou exhibitoires s'appellent proprement décrets. Mais l'usage a fait prévaloir la dénomination générale d'interdits, car tous sont prononcés entre deux parties.

955. Tout interdit qui contient une défense est qualifié prohibitoire; celui qui contient un ordre s'appelle restitutoire ou exhibitoire, selon l'objet de cet ordre. Les interdits prohibitoires sont donc ceux auxquels certains jurisconsultes restreignaient le nom d'interdits, et les deux autres classes ne sont qu'une subdivision de ceux qu'ils proposaient d'appeler décrets. Le caractère de l'interdit se révèle toujours dans la formule employée par le préteur. S'agit-il d'interdits prohibitoires : les formes les plus usitées sont *vim fieri veto*, ou simplement *veto*, quelquefois *ne facias*, tous ces mots étant précédés ou suivis de l'indi-

cation de l'acte prohibé. S'agit-il d'interdits restitutoires ou exhibitoires : les expressions ordinaires sont *restituas* ou *exhibeas*. *Restituere* affecte ici la signification large que j'ai déjà signalée à propos des actions arbitraires (n° 867. — L. 38 §§ 5 et 11, *De usur.*, XXII, 1). Il comprend donc tous les accessoires de la chose, et notamment les fruits, à partir du jour de l'émission de l'interdit et parfois d'une époque antérieure (T. II, page 1096, note 3. — L. 1 § 40, *De vi*, XIII, 16). Beaucoup plus restreinte est la portée du mot *exhibere* qui signifie simplement produire ou représenter la chose (L. 3 § 8, *De tab. exh.*, XLIII, 5. — L. 3 § 8, *De hom. lib. exh.*, XLIII, 29. — L. 22, *De verb. sign.*, L, 16). Les interdits exhibitoires sont les moins nombreux de tous, et cela tient à ce qu'ils servent, comme nous l'avons vu pour l'interdit *de liberis exhibendis*, de simple préparation à l'exercice d'un autre interdit ou d'une action. Nous n'en connaissons que quatre, savoir l'interdit *de tabulis exhibendis* et les trois que citent les Institutes (§ 1 *sup.*). Parmi ceux-ci, il y en a un qu'aucun autre texte ne mentionne : c'est celui par lequel on demande l'exhibition d'une personne *de cujus libertate agitur*. Il est délivré soit à l'*assertor libertatis*, soit à son contradicteur, et sert de préliminaire à la *causa liberalis*. Quant aux autres interdits que les Institutes nous présentent comme appartenant soit à cette même catégorie, soit à l'une des deux autres, les uns nous sont déjà connus, les autres feront l'objet de développements ultérieurs (1).

956. La distinction des interdits prohibitoires, restitutoires et exhibitoires est absolument dénuée d'intérêt pratique dans le droit de Justinien, et j'estime qu'elle n'en eut pas davantage à l'origine. Mais à l'époque classique elle offre, au point de vue de la procédure, un intérêt considérable que je résume ainsi : quand l'interdit est prohibitoire, les parties plaident toujours *cum periculo* ou *cum pœna ;* quand il est restitutoire ou exhibitoire, elles plaident tantôt *cum periculo*, tantôt *sine periculo*. Ces formules, ainsi que les explications qu'elles

(1). La classification des Institutes n'est pas tout à fait complète. Ulpien, dans un texte où il faut certainement lire *restitutoria* au lieu de *exhibitoria*, nous apprend que certains interdits sont mixtes, c'est-à-dire tout ensemble prohibitoires et restitutoires (L. 1 § 1, *De int.*, XLIII, 1). Ce texte, tel que je le lis avec la généralité des interprètes, est confirmé par deux exemples que nous fournit le même jurisconsulte (L. 3 § 2, *Ne vis fiat ei qui in poss.*, XLIII, 4. — L. 1 § 1, *De aqu. quot.*, XLIII, 20). Mais de tels interdits devaient être fort rares. Quand un même intérêt peut motiver une prohibition et une restitution, la méthode ordinaire du préteur est de séparer les deux choses et de donner deux interdits distincts (L. 2 pr. et § 35, *Ne quid in loc. sacr.*, XLIII, 8. — L. 1 pr. et § 19, *De flum.*, XLIII, 12. — L. 1 pr. et § 11, *Ne quid in flum.*, XLIII, 13).

comportent, sont empruntées à Gaius dont les commentaires seuls ont introduit le jour en cette matière (IV, §§ 141, 162 à 165) (1).

Plaçons-nous d'abord dans l'hypothèse où les parties agissent *cum periculo*. Le *periculum* résulte de deux *sponsiones* ou stipulations, où chaque partie joue alternativement les rôles de stipulant et de promettant. C'est d'abord le demandeur qui stipule une certaine somme sous la condition que son adversaire sera jugé avoir contrevenu à l'ordre ou à la défense du magistrat; puis, c'est le défendeur qui stipule pareille somme sous la condition inverse. Cette seconde stipulation, n'étant que la contre-partie de la première, s'appelle pour cela *restipulatio*. Ces *sponsiones* servent de base à deux formules portant nomination d'un même juge chargé d'examiner de quel côté la *sponsio* est due, question qui évidemment se ramène à celle-ci : l'interdit a-t-il été violé? En outre, le demandeur obtient une action relative à l'objet même du litige, c'est-à-dire qu'il conclut soit à l'exécution de l'ordre du magistrat, soit à la réparation du dommage causé par la contravention à sa défense. Cette action s'appelle *judicium secutorium* (2), parce que ses résultats dépendent de l'issue des actions engagées sur les *sponsiones*. Maintenant l'interdit a-t-il été violé : le demandeur, absous sur sa propre *sponsio*, obtiendra condamnation tant sur celle du défendeur que sur le *judicium secutorium*. L'interdit n'a-t-il pas été violé : nous aurons exactement les résultats inverses, c'est-à-dire que le demandeur sera condamné en vertu de sa *sponsio*, et le défendeur absous à la fois sur la sienne et sur le *judicium secutorium*. Finalement donc, quelle que soit la partie qui succombe, son échec est accompagné d'une peine qui consiste à perdre le montant de sa *sponsio*.

La procédure qui vient d'être décrite est absolument obligatoire dans les interdits prohibitoires. Quant aux autres interdits, elle y est bien admise; elle y forme même le droit commun, mais le défendeur est libre de l'exclure en sollicitant la nomination d'un arbitre. Seulement cette demande doit être faite *in jure*, c'est-à-dire au moment même de l'émission de l'interdit et avant que les parties aient quitté le tribunal du magistrat. Celui-ci délivre alors une action arbitraire, et le résultat du litige peut se résumer ainsi : absolution du défendeur, s'il restitue ou exhibe *jussu judicis;* sinon, condamnation égale à l'intérêt du demandeur. Mais la partie qui succombe n'encourt pas de peine à raison de son échec.

(1) Voir aussi Ulpien, *Fragm. Vind.*, § 7.
(2) Voir cette expression dans deux cas particuliers (Gaius, 18, §§ 166 et 169).

Des deux procédures que je viens de décrire, c'est certainement la *sponsio* qui est la plus ancienne. La faculté de demander un arbitre n'est qu'une faveur (*indulgetur*, dit Gaius, IV, § 162), et la nature même de cette faveur nous avertit qu'elle ne fut introduite que sous le règne du système formulaire (1). D'où je conclus que la *sponsio* fut longtemps la procédure exclusive et obligée de tous les interdits, et j'hésite d'autant moins à la faire remonter jusqu'à l'époque des *legis actiones* qu'elle rentre dans les plus anciennes habitudes des Romains (T. II, p. 967, note 1), et qu'elle rappelle tout à fait les formes du *sacramentum*, formes qui semblent imaginées, comme elle, pour voiler la véritable question soumise au juge. Le but primitif de la *sponsio* ne fut pas seulement de punir chez le demandeur l'esprit de chicane, chez le défendeur la désobéissance; ce fut aussi de fournir une cause à l'action, et voilà pourquoi j'ai dit précédemment que même du temps des *legis actiones* le magistrat ne connaissait pas lui-même de la violation de l'interdit. Il est de toute évidence que la *sponsio* n'aurait eu aucune raison d'être, si elle n'avait pas dû aboutir au renvoi des parties devant un juge. Au surplus, quelle était le taux de la *sponsio ?* Ne variait-il pas selon la nature et l'importance du litige? Pouvait-il être modifié par l'accord des parties? Sur tous ces points nous sommes dans la plus complète ignorance.

957. Voici maintenant quelques questions simplement controversées ou obscures :

1° Le droit d'écarter les *sponsiones*, quand il s'agit d'interdits restitutoires ou exhibitoires, n'appartient-il pas au demandeur aussi bien qu'au défendeur? Beaucoup d'interprètes fort autorisés le pensent. Mais leur opinion me paraît démontrée fausse par le passage même de Gaius (IV, § 163) sur lequel elle s'appuie. En effet, après avoir constaté la faculté accordée au défendeur, Gaius poursuivit à peu près en ces termes : « Si l'obligation d'exhiber ou de restituer est jugée ne point exister, le demandeur lui-même n'encourt aucune peine, si ce n'est qu'il reste exposé au *judicium calumniæ* (2). Toutefois, sur ce dernier point Proculus est d'un sentiment contraire, le fait de demander un arbitre lui paraissant impliquer aveu que l'on est obligé de restituer ou d'exhiber. Mais son opinion n'a pas été reçue dans la pratique, et c'est avec raison ; car celui qui demande un arbitre veut diminuer ses

(1) Elle existait déjà au temps de Cicéron (*Pro Tull.*, VII, 53).

(2) Le *judicium calumniæ* n'est pas une conséquence forcée de l'échec du demandeur ; il suppose une mauvaise foi prouvée (Gaius, IV, § 178).

risques plutôt qu'il n'avoue. » Ce passage ne signifie pas, selon moi, que le demandeur puisse, dans le silence de son adversaire, solliciter la nomination d'un arbitre, mais simplement qu'une telle demande une fois faite par le défendeur soustrait l'une et l'autre partie aux dangers des *sponsiones*. Ce qui prouve péremptoirement la vérité de cette interprétation, c'est le motif que Proculus allègue pour dérober le demandeur au *judicium calumniæ*. Demander un arbitre, dit-il, c'est avouer que l'on est tenu de restituer ou d'exhiber. Mais une telle obligation ne se conçoit qu'à la charge du défendeur ; il n'y a donc que lui qui puisse l'avouer, et par conséquent il n'y a aussi que lui qui puisse demander un arbitre (1). J'ajoute qu'une telle différence entre les deux parties n'a rien de choquant ni d'étonnant : le demandeur, en effet, doit s'assurer de son droit, puisqu'il a toute liberté de ne pas agir, tandis que le défendeur, poursuivi malgré lui, peut craindre, sans en avoir la certitude, que la demande ne soit fondée ; or si en pareil cas la prudence lui conseille de lutter plutôt que de se rendre, l'équité veut qu'il puisse plaider sans risques.

2° Pourquoi les *sponsiones* ne peuvent-elles pas être écartées dans les interdits prohibitoires? Je ne crois pas que cette question comporte de réponse vraiment satisfaisante au point de vue rationnel. On a bien allégué que de tels interdits, tendant à la réparation d'un fait qui ne peut être effacé, ne se prêtent pas à une satisfaction en nature et par conséquent excluent l'utilité d'une formule arbitraire. Cela est vrai, mais cela n'explique rien; car qu'est-ce qui empêche de concevoir les interdits prohibitoires dégagés de la complication des *sponsiones*, ou les *sponsiones* combinées avec la délivrance de la formule arbitraire? Peut-être faut-il se borner à constater ici un fait qui n'est pas rare : une institution paraissant vicieuse, on en restreint l'application, mais on ne la supprime pas.

(1) Dans l'opinion contraire on a fait le raisonnement suivant : il est certain que la procédure *per sponsionem* soustrait le demandeur au *judicium calumniæ* (Gaius, IV, § 181). Si donc, comme le voulait Proculus, la même conséquence était attachée à la demande d'un arbitre faite par le défendeur, quelle application resterait-il au *judicium calumniæ?* On ne le concevrait plus que dans le cas où ce serait le demandeur lui-même qui réclamerait la délivrance d'une formule arbitraire. Donc il peut sa réclamer. Ce raisonnement ne me persuade pas. L'opinion de Proculus aboutirait, j'en conviens, à supprimer le *judicium calumniæ* en matière d'interdits, mais qu'y a-t-il là de si choquant ? Tant que les *sponsiones* avaient été obligatoires à la duite du tout interdit, le domaine du *judicium calumniæ* était, par la force des choses, demeuré restreint aux actions ordinaires. Proculus ne faisait à cet égard que revenir au droit primitif.

3° Pourquoi dans les interdits restitutoires et exhibitoires le défendeur qui veut plaider *sine sponsione* doit-il le déclarer sans délai? Cela s'explique assez bien si l'on n'oublie pas que son droit d'option n'est qu'une faveur. Il est naturel de restreindre les dérogations au droit commun. Et puis le silence du défendeur ne dénote-t-il pas une certaine foi dans la bonté de sa cause? Or, si cette foi est justifiée, les *sponsiones* sont toutes dans son intérêt, puisqu'elles lui assurent le payement d'une peine qu'il n'obtiendrait pas aussi facilement par le *judicium calumniæ*. Elles valent donc mieux pour lui que la formule arbitraire, et l'on peut présumer qu'il les préfère.

4° En supposant que le défendeur ne puisse ou ne veuille demander un arbitre, y a-t-il un délai fatal au bout duquel l'interdit perde sa force si les *sponsiones* n'ont pas été faites et les formules délivrées? Nous l'ignorons. Paul (IV, 7, § 6), visant spécialement l'interdit *de tabulis exhibendis*, dit que l'action doit être intentée dans l'année qui suit l'émission de l'interdit (1). La question est de savoir si cette décision doit être généralisée, et à cet égard les éléments de solution nous font absolument défaut.

III. — Autres classifications des interdits.

958. En dehors de la classification fondamentale qui vient d'être exposée, les textes nous en offrent d'autres également générales. Je me bornerai à en indiquer trois qui se réfèrent aux questions suivantes : Par qui les interdits peuvent-ils être sollicités? Pendant combien de temps sont-ils accordés? Quelle est la portée de la solution à laquelle ils aboutissent?

1° Les interdits sont privés ou populaires : les uns n'appartiennent qu'à la personne lésée, les autres compètent à tout le monde. Quant à la règle qui nous permettra de reconnaître immédiatement les uns des autres, elle n'est point écrite dans les textes, mais les indications qu'ils fournissent permettent de la poser avec assez de sûreté. De deux choses l'une, en effet : ou le demandeur s'appuie sur un droit qui lui est propre, soit que ce droit figure ou non dans son patrimoine,

(1) Cependant l'interdit *de tabulis exhibendis* est perpétuel (L. 3 § 16, *De tab. exhib.*, XLIII, 5). Cela suffit à nous avertir qu'il ne faut pas confondre ces deux questions : Y a-t-il un délai donné pour obtenir l'interdit? Pus l'interdit obtenu, y a-t-il un autre délai fixé pour l'exercice de l'action?

et alors l'interdit est privé; ou au contraire, il allègue un droit qui appartient à tout le monde, et alors l'interdit est populaire. Seront donc privés tous les interdits *de religiosis*, *juris sui tuendi causa*, et *rei familiaris causa*. Seront populaires les interdits *de rebus sacris*, *utilitatis publicæ causa*, *et officii tuendi causa* (L. 1, *De loc. et it. publ.*, XLIII, 7. — L. 2 § 34, *Ne quid in loc. publ.*, XLIII, 8. — L. 1 § 3, *De via publ.*, XLIII, 11. — L. 1 § 9, *Ne quid in flum. publ.*, XLIII, 13. — L. 2 § 9, *De hom. lib. exhib.*, XLIII, 29). Les interdits populaires diffèrent des actions populaires en ce qu'ils ne dérivent pas nécessairement d'un délit, par conséquent ne tendent pas toujours à l'application d'une peine, et en ce qu'ils sont perpétuels (L. 2 §§ 34 et 44, *Ne quid in loc publ.* — L. 3 § 15, *De hom. lib. exhib.*); mais ces réserves faites, ils sont gouvernés par des règles à peu près identiques : ainsi quand plusieurs personnes les demandent, le magistrat donne la préférence à celle qui s'appuie sur un intérêt personnel, soit pécuniaire, soit moral (L. 3 § 12, *De hom. lib. exhib.* — T. II, p. 1112, note 2), et une fois exercés, ils sont épuisés à l'égard de tout le monde, si ce n'est dans des cas tout à fait exceptionnels (L. 3 § 13, *De hom. lib. exhib.*) (1).

2° Beaucoup d'interdits sont perpétuels, d'autres ne peuvent être obtenus que dans l'année (L. 1 § 4, *De int.*, XLIII, 1) (2); mais ici, comme tout à l'heure, et avec beaucoup plus de peine, les interprètes ont dû chercher un criterium que les textes ne posent pas. Selon toute probabilité, la perpétuité constitue la règle; les interdits limités à un an seraient ceux qui dérivent d'un délit sans être populaires, tels que les interdits *fraudatorium* (L. 10 pr., *Quæ in fraud. cred.* XLIII, 8), *de vi quotidiana* (L. 1 § 39, *De vi*, XLIII, 16), *quod vi aut clam* (L. 15 § 3, *Quod vi aut clam*, XLIII, 24) (3), et encore cela

(1) On a prétendu que dans les interdits populaires il est permis d'agir par procureur, mais les textes allégués prouvent à mes yeux que cette idée doit être restreinte ici dans la même mesure que pour les actions populaires (L. 42 pr.; L. 45 § 1, *De proc.*, III, 3. — T. II, p. 1112, note 4).

(2) S'agit-il ici d'une année utile? En ce sens il y a quelques décisions particulières (L. 1 § 39, *De vi.* — L. 15 § 6, *Quod vi aut clam*). La question est de savoir s'il faut les généraliser. Du reste, quelque parti que l'on adopte à cet égard, il est certain que celui qui n'échappe à l'interdit que par l'expiration du délai demeure tenu dans la limite de son profit (L. 4, *De int.*, XLIII, 1).

(3) L'interdit *quod vi aut clam* que je viens de mentionner a pour objet la réparation du dommage causé par des travaux qu'une personne a faits ou défaits sur son propre fonds ou sur le fonds d'autrui, avec ou sans droit, mais violemment ou clandestinement. En cette matière la violence consiste à agir nonobstant la prohi-

n'est-il point absolu, puisque bientôt nous verrons que l'interdit *de vi armata* est perpétuel. Du reste, on remarquera que certains interdits se trouvent exclus de notre classification par les conditions mêmes auxquelles ils sont subordonnés. Tel est, par exemple, l'interdit *uti possidetis* qui implique une possession actuelle; tels aussi les interdits *de itinere* dont je parlerai tout à l'heure, et d'autres qui supposent des actes de possession faits à une époque déterminée.

3° Certains interdits tendent à faire statuer sur le fond du droit et à vider absolument le différend des parties; d'autres portent sur une question de fait plutôt que de droit, ils servent à fixer les conditions. dans lesquelles s'engagera ou pourra s'engager une lutte définitive Les uns donc se suffisent à eux-mêmes, les autres laissent subsister une difficulté qui devra être tranchée par la voie d'une action. Cette différence n'est autre que celle du pétitoire et du possessoire. Deux exemples la mettront en lumière : 1° un interdit prohibitoire protège la quasi-possession des servitudes rurales ayant pour objet *iter, actus* ou *via*. Les conditions qu'il exige sont celles-ci : la quasi-possession du demandeur doit être exempte de violence, de clandestinité et de précarité par rapport à son adversaire, et elle doit s'être exercée pendant trente jours au moins dans l'année qui a précédé l'émission de l'interdit. C'est donc sur ces deux points que les débats porteront, mais le défendeur aura-t-il besoin d'établir l'existence de la servitude? Non, et par conséquent, s'il échoue, l'action *confessoria* lui reste, et s'il triomphe, son adversaire peut recourir à l'action *negatoria* (L. 1 pr , §§ 1 et 2, *De it. act. que priv.*, XLIII, 19); 2° dans la même hypothèse le quasi-possesseur est muni d'un autre interdit prohibitoire destiné à faire cesser l'opposition du voisin qui voudrait l'empêcher de réparer la voie ou le chemin. Mais ici le débat prend une largeur qu'il n'avait pas tout à l'heure : outre les conditions précédemment indiquées, le demandeur devra prouver que la servitude existe (L. 3 §§ 11 et 13, *De it. act. que priv.*). Voilà donc un interdit qui statue sur le fond du droit, tandis que l'autre n'y touchait pas. — Cette distinction bien comprise, il ne nous reste plus qu'à faire entre les deux classes la répartition des divers interdits. Or ceux qui laissent le fond du droit intact, ce sont certainement les interdits possessoires (L. 35, *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2. — L. 14 § 3,

bition qui émane d'une personne intéressée; la clandestinité consiste à cacher ce que l'on fait ou même à ne point l'avoir signifié d'avance, lorsque l'on craignait ou que l'on devait craindre un procès (L. 1. pr., §§ 2, 4, 5; L. 3 § 7, *Quod vi aut clam*).

De exc. rei jud., XLIV, 2), sauf une controverse des interprètes relativement aux interdits *quorum bonorum* et Salvien. Tous les autres aboutissent à une décision définitive, ce que Paul exprime en disant *rei persecutionem continent* (1), et pour mieux préciser sa pensée, il ajoute que les uns contiennent *proprietatis causam*, et les autres *veluti proprietatis causam* (L. 2 § 2, *De int.*, XLIII, 1). En effet cette catégorie comprend d'abord quelques interdits *rei familiaris causa*, tels que l'interdit *de itinere reficiendo* dont je parlais tout à l'heure (2); puis elle comprend tous les interdits relatifs à des choses qui ne comptent pas dans notre patrimoine; or les uns soulèvent une véritable question de propriété, et les autres une question portant sur un droit semblable au droit de propriété.

IV. — Classification des interdits possessoires.

Lib. IV, Tit. vi, *De interdictis*, § 2. — Sequens divisio interdictorum hæc est, quod quædam adipiscendæ possessionis causa comparata sunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ (Gaius, IV, § 143).

Voici une seconde division des interdits : ils sont établis pour nous faire acquérir, conserver ou recouvrer la possession.

959. L'utilité des interdits possessoires nous est déjà connue ; ils épargnent au demandeur qui triomphe la nécessité de recourir à une action réelle et de prouver son droit (n° 211 *in fine*, n° 806). Nous savons également qu'ils forment la portion la plus nombreuse et la plus importante des interdits *rei familiaris causa* (3) et qu'ils se confondent absolument avec les interdits *quæ rei persecutionem non continent*. Gaius (IV, § 143) et Justinien (§ 2 *sup.*) les divisent en trois catégories, selon qu'ils tendent à nous faire acquérir, conserver ou recouvrer la possession.

(1) Je n'ai pas besoin de faire ressortir combien cette expression s'écarte ici de la signification qu'on lui donne quand il s'agit d'actions proprement dites (n° 854).

(2) Tels sont également les interdits *de tabulis exhibendis, de arboribus cædendis, de migrando, de glande legenda*. L'interdit *de aqua ex castello ducenda* contient aussi *rei persecutionem*. Mais on ne peut pas dire qu'il ait trait à une véritable question de propriété, puisqu'il protège une prise d'eau accordée par le prince *ex receptaculo quod aquam publicam recipit* (L. 1 §§ 38, 39, 42, 45, *De aqu. quot.*, XLIII, 2°).

(3) Un texte de Paul (L. 2 § 3, *De int.*) paraît confondre les interdits possessoires et les interdits *rei familiaris causa*. C'est une inexactitude évidente.

Interdits ADIPISCENDÆ POSSESSIONIS CAUSA. — Comme exemples, les Institutes de Justinien citent les interdits *quorum bonorum* et *Salvianum* sur lesquels je reviendrai tout à l'heure. Gaius (§§ IV, 145 et 146) cite de plus les interdits *possessorium et sectorium*, que j'ai précédemment indiqués (nos 481 *in fine* et 484). Je crois devoir signaler aussi l'interdit *quod legatorum* donné contre les légataires et fidéicommissaires qui se sont mis en possession sans y être autorisés par l'héritier ou le *bonorum possessor* déjà investi de la succession (L. 1 §§ 1, 2 et 11, *Quod leg.*, XLIII, 3). L'exercice de cet interdit est subordonné à l'obligation de garantir par voie de satisdation les droits du légataire (L. 1 §§ 16 à 18; L. 2, *Quod leg.*). Quant à son but, une constitution de Dioclétien nous l'indique très clairement : on veut que l'héritier puisse, s'il y a lieu, exercer la retenue que lui accorde la loi Falcidia et ne soit point forcé de recourir à la revendication (L. 1, C., *Quod leg.*, VIII, 3). Dire que de tels interdits nous font acquérir la possession, cela ne signifie pas qu'en fait le demandeur n'ait jamais possédé antérieurement la chose qui fait l'objet de sa prétention actuelle; mais s'il l'a déjà possédée, ce n'était pas en vertu de la cause qu'il allègue aujourd'hui.

Interdits RETINENDÆ POSSESSIONIS CAUSA. — Cette catégorie ne comprend que les interdits *uti possidetis* et *utrubi* (Gaius, IV, § 148). L'un et l'autre feront l'objet d'explications développées.

Interdits RECUPERANDÆ POSSESSIONIS CAUSA. — Les deux principaux sont les interdits *unde vi* dont j'exposerai bientôt les règles en détail. Dans cette même catégorie rentre l'interdit *de precario* sur lequel j'ai donné précédemment des notions suffisantes (n° 596). Il faut y comprendre aussi l'interdit *de clandestina possessione*, mentionné dans un seul texte (L. 7, § 5, *Comm. div.*, X, 3) et qui, sans doute, disparut de fort bonne heure. Il se donnait contre la personne qui s'était emparée d'un fonds sans violence en l'absence du possesseur, mais il devint inutile, quand on eut admis que la possession des immeubles se conserverait *animo solo* (n° 217). Voici, en effet, quelle fut désormais la situation faite à l'absent de retour : combinant ces deux idées qu'il était possesseur et que la possession clandestine d'un tiers était non avenue à son égard, il pouvait user de l'interdit *uti possidetis;* il pouvait aussi tenter de recouvrer, même par la force, la possession de fait, et s'il rencontrait une résistance, se dire *vi dejectus* et recourir à l'interdit *unde vi* (L. 6 § 1, *De acq. vel amitt. poss.*, XLI, 2).

La division que je viens d'exposer n'est pas tout à fait complète. Paul signale des interdits qui nous font tantôt acquérir, tantôt recouvrer la possession (L. 2 § 3, *De int.*). Toutefois comme il n'en donne pas d'exemple et que nous n'en rencontrons aucun dans la compilation de Justinien, l'existence de cette classe d'interdits a pu être mise en doute jusqu'à la découverte des *fragmenta vaticana;* mais aujourd'hui nous savons que ce sont ceux dont le possesseur, poursuivi par voie d'action réelle est tenu lorsqu'il ne peut ou ne veut fournir la caution *judicatum solvi* (T. II, page 1312). Si la chose avait déjà été possédée par le demandeur, il ne fait que recouvrer la possession; sinon, il l'acquiert.

V. — De l'interdit quorum bonorum.

Lib. IV, tit. xv, *De interdictis*, § 3. — Adipiscendæ possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur *quorum bonorum;* ejusque vis et potestas hæc est, ut, quod ex iis bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei cui bonorum possessio data est restituere debeat. Pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse; pro possessore is possidet, qui nullo jure rem hereditariam vel etiam totam hereditatem, sciens ad se non pertinere, possidet. Ideo autem adipiscendæ possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem : itaque, si quis adeptus possessionem amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est (Gaius, V, § 144).

Pour faire acquérir la possession au *bonorum possessor*, on lui donne l'interdit appelé *quorum bonorum* dont voici l'effet et la portée : toute personne est tenue de restituer à celui qui a obtenu la *bonorum possessio* ce qu'elle possède *pro herede* ou *pro possessore* des biens compris dans cette *bonorum possessio*. Est réputé posséder *pro herede* celui qui se croit héritier ; possède *pro possessore* celui qui sans droit possède une chose héréditaire ou même une hérédité entière qu'il sait ne pas lui appartenir. Que si l'on dit de cet interdit qu'il fait acquérir la possession, c'est qu'il compète seulement à la personne qui veut obtenir aujourd'hui une possession qu'elle n'a pas encore eue. Quant à ceux qui ont perdu la possession une fois acquise, cet interdit leur est inutile.

960. L'interdit *quorum bonorum*, que j'ai déjà mentionné deux fois (n° 442 *in fine*, n° 468), est restitutoire; il compète à tout *bono-*

rum possessor, héritier ou non, et s'applique à l'ensemble des choses corporelles comprises dans la succession, mais à ces choses seules. Si on l'appelle *adipiscendæ possessionis causa*, c'est qu'il n'est accordé qu'au *bonorum possessor* qui n'a pas encore possédé, et non à celui qui aurait perdu la possession une première fois acquise (L. 1 § 1, *Quor. bon.*, XLIII, 2. — Gaius, III, § 34; IV, § 144). Une observation semblable doit être faite sur tous les interdits de la même classe.

D'après le texte de l'édit (L. 1 pr., *Quor. bon.*), quatre sortes de personnes sont tenues de l'interdit *quorum bonorum*, savoir : 1o le possesseur *pro herede*. Gaius (IV, § 144) et Justinien (§ 3 *sup.*) s'accordent à qualifier ainsi le possesseur qui croit être héritier et qui ne l'est pas. Mais tandis que Justinien se borne là, Gaius compte aussi comme *possessor pro herede* le véritable héritier. Cette différence va s'expliquer si nous nous souvenons qu'à l'époque de Gaius on rencontrait souvent, à côté du *bonorum possessor* appelé par le préteur, un héritier appelé par le droit civil. Sans doute, l'un des deux n'avait alors qu'un titre nu, ainsi que nous l'a montré la distinction des *bonorum possessiones cum re* et *sine re*; mais dans tous les cas, l'héritier était tenu de l'interdit *quorum bonorum*, sauf à chercher, s'il y avait lieu, une revanche dans la *petitio hereditatis*. Sous Justinien, ce conflit entre le droit civil et le droit prétorien ne se présente jamais plus. Toute *bonorum possessio* est donnée *cum re*, et partout où la loi reconnaît un *bonorum possessor*, elle lui attribue en même temps la qualité d'héritier ou tout au moins ne l'attribue à aucune autre personne. Il n'est donc plus possible que l'interdit *quorum bonorum* compète contre un véritable héritier (1); 2° le possesseur *pro possessore*, c'est-à-dire celui qui n'a ni juste titre ni bonne foi. La définition est donc exactement la même qu'en matière de *petitio hereditatis*; 3° celui qui a usucapé *pro herede*. Cette application de notre interdit date manifestement de l'époque où l'usucapion *pro herede* cessa d'être *lucrativa*, c'est-à-dire du règne d'Adrien (n° 243), et elle a disparu sous Justinien; 4° enfin tous ceux qui, rentrant d'ailleurs dans l'une des précédentes catégories, ont perdu la possession par dol. On

(1) De même que dans le droit classique l'héritier pouvait être tenu de l'interdit *quorum bonorum*, de même et en sens inverse, le *bonorum possessor* pouvait être tenu de la *petitio hereditatis* (T. II, page 999 *in fine*). Mais sous Justinien cela ne se comprend plus, et icie ncore le changement s'explique par la fusion du droit civil et du droit prétorien. En résumé donc, dans le dernier état des choses, la définition du *possessor pro herede* est absolument la même, soit qu'il s'agisse de la *petitio herepitatis* ou de l'interdit *quorum bonorum*.

remarquera que l'interdit *quorum bonorum*, moins large à cet égard que la *petitio hereditatis*, ne compète jamais contre de simples *possessores juris*, tels que les débiteurs héréditaires (L. 2, *Quor. bon.*). C'est ce que j'ai déjà exprimé sous une autre forme en disant qu'il n'a trait qu'aux choses corporelles de l'hérédité.

Quant à la preuve exigée du demandeur, elle porte sur deux points : il doit établir qu'en fait il a obtenu la *bonorum possessio*, et qu'en droit il était fondé à l'obtenir, car nous savons qu'elle est accordée *de plano* (L. 1, C., *Quor. bon.*, VIII, 2. — N° 458), mais il n'est pas tenu de prouver le droit de propriété du défunt. Une loi du code Théodosien (L. 1 pr., *Quor. bon.*, IV, 21) dit formellement qu'il obtient la tradition des choses mêmes qui peuvent donner lieu à un débat sur la propriété.

961. Que si enfin nous nous enquérons du résultat de l'interdit *quorum bonorum*, il ne tranche que la question de possession et laisse intacte la question de propriété. Cette doctrine a bien été contestée par quelques interprètes; mais, outre qu'on ne peut la rejeter qu'en attribuant à notre interdit un effet qui dépasserait la portée ordinaire des interdits possessoires et serait contredit par leur nom même, elle s'appuie sur une constitution des empereurs Arcadius et Honorius où nous lisons que, lorsqu'à l'aide de l'interdit le *bonorum possessor* s'est fait délivrer les *corpora hereditaria*, le champ reste ouvert à une action ultérieure portant sur la question de propriété (L. 3, C., *Quor. bon.*). Qu'est-ce à dire sinon que le *bonorum possessor*, victorieux dans l'interdit, n'est point assuré de garder le fruit de sa victoire, ou en termes plus généraux que l'interdit n'aboutit par sa nature qu'à une décision provisoire et n'est souvent qu'un préliminaire de la *petitio hereditatis?* Pour bien préciser, distinguons deux hypothèses : 1° le demandeur triomphe dans l'interdit *quorum bonorum*. De deux choses l'une : ou dans l'espèce la *bonorum possessio* lui est donnée *cum re*, ou elle lui est donnée *sine re*. Dans le premier cas, son succès a toute la valeur d'un succès définitif, car son adversaire bien avisé ne songera pas même à intenter la *petitio hereditatis*, et s'il l'intente, il y succombera. Dans le second cas, le vaincu de l'interdit peut ressaisir définitivement l'hérédité par la *petitio hereditatis*, mais cela suppose qu'il fournit les preuves dont je parlerai tout à l'heure; 2° le demandeur échoue dans l'interdit *quorum bonorum*. Ici encore une distinction s'impose. Si ce demandeur n'est pas appelé à l'hérédité par le droit civil, s'il n'est que *bonorum possessor*, son échec est définitif.

Vainement voudrait-il recourir à la *possessoria hereditatis petitio;* comme cette action exige avant tout les preuves qu'il n'a pas réussi à faire admettre dans l'interdit, elle sera paralysée par l'exception *rei judicatæ*. Si au contraire, il est appelé à l'hérédité par le droit civil, il pourra, sans contredire la décision rendue sur l'interdit, exercer la *petitio hereditatis directa* et y triompher.

De ces explications se dégage la solution d'une difficulté qui a fort tourmenté les interprètes. A tout *bonorum possessor* compète non seulement l'interdit *quorum bonorum*, mais une action, savoir, s'il est en même temps héritier selon le droit civil, la *petitio hereditatis directa*, si non, la *possessoria hereditatis petitio*. Or cela suppose que ces deux voies de poursuite ont chacune leur raison d'être et leur utilité propre. En quoi donc se distinguent-elles? La réponse va d'elle-même, si l'on admet les idées que j'ai exposées. Qui est-ce qui gardera définitivement les choses héréditaires? Voilà la question agitée dans la *petitio hereditatis*. Mais laquelle des parties sera obligée d'intenter cette action, laquelle se contentera d'y défendre? En d'autres termes, laquelle possédera les choses héréditaires jusqu'à ce que son adversaire ait fourni la preuve de son droit? Telle est la question qui fait l'objet de l'interdit. Il y a donc entre ces deux voies la différence profonde du pétitoire et du possessoire (1). Par voie de conséquence, la *petitio hereditatis* exige des preuves que ne comporte pas l'interdit *quorum bonorum*. Est-elle intentée par un simple *bonorum possessor :* il doit justifier non seulement que la *bonorum possessio* lui a été et devait lui être accordée, mais qu'elle lui appartient *cum re*. Est-ce au contraire un héritier proprement dit qui agit : il doit établir non seulement son titre d'héritier, mais aussi l'efficacité de ce titre, c'est-à-dire démontrer que son adversaire n'a qu'une *bonorum possessio sine re*.

(1) On a proposé deux autres explications : 1° à l'origine l'interdit *quorum bonorum* aurait été seul admis, et il n'aurait jamais eu d'utilité réelle que pour le *bonorum possessor* qui n'était pas en même temps héritier. Puis cette utilité elle-même aurait disparu par l'introduction de la *possessoria hereditatis petitio*. Ces deux voies ne se seraient distinguées que par une différence de procédure, et cette différence ayant péri avec le système formulaire, elles auraient fini par se confondre. Cette explication est trop arbitraire, trop contraire aux textes pour qu'on s'y arrête; 2° la preuve du droit de propriété du défunt, qui n'est pas exigée dans l'interdit, le serait, dit-on, dans la *petitio hereditatis ;* mais la fausseté d'une telle idée est démontrée d'avance par les textes que j'ai cités relativement à l'objet de cette action (nos 813 et 815).

VI. — De l'interdit Salvien.

Lib. IV, tit. xv, *De interdictis*, § 3 suite. — Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendæ possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset (Gaius, IV, § 147).

C'est aussi pour faire acquérir la possession qu'a été créé l'interdit appelé Salvien. Il compète au propriétaire d'un fonds relativement aux choses qui appartiennent au fermier et que celui-ci a engagées pour la sûreté de ses fermages.

962. Moins heureux pour cet interdit que pour le précédent, nous n'en possédons pas le texte, et par suite nous ignorons s'il était restitutoire ou prohibitoire (1). Néanmoins nous pouvons déterminer avec une précision suffisante les conditions dans lesquelles il est accordé. Il se rapporte à l'hypothèse particulière pour laquelle fut créée l'action servienne. Il compète donc au locateur d'un fonds rural (2) et s'applique aux objets mobiliers que le fermier est convenu d'affecter à la sûreté de ses fermages et qu'il a effectivement introduits sur le fonds *pignoris nomine* (3). La nécessité même de ces deux conditions nous avertit que, pour réussir dans cet interdit le bailleur doit prouver et la convention de gage et la réalité de l'apport. J'estime qu'il doit également justifier de sa qualité de créancier si elle est contestée. Mais sera-t-il tenu d'établir l'existence de son droit réel, c'est-à-dire de démontrer qu'au jour où les objets

(1) Le sens de la question est celui-ci : le préteur ordonnait-il au possesseur de faire une tradition, ou lui défendait-il seulement d'empêcher que le demandeur ne se mît lui-même en possession ? En faveur de cette seconde opinion on allègue surtout la place que le titre *de Salviano interdicto* occupe au Digeste à la suite d'une série de titres relatifs à des interdits prohibitoires.

(2) Est-il nécessaire que ce locateur soit propriétaire du fonds ? Je ne le crois pas ; si les textes le supposent toujours, c'est que telle est certainement l'hypothèse la plus pratique.

(3) Sur cette seconde condition les Institutes de Gaius (IV, § 147) et celles de Justinien (§ 3 *sup.*) gardent le silence, mais tous les textes du Digeste la supposent. Ils appliquent l'interdit Salvien, comme l'action servienne, à des *res illatæ, inductæ, invectæ in fundum* (LL. 1 et 2., *De Salv. int.*, XLIII, 33). A ce propos je ferai remarquer en passant que de telles expressions ne conviennent guère aux fruits du fonds, et en conséquence j'incline à penser qu'ils ne peuvent pas être demandés par l'interdit Salvien. Une autre raison appuie cette opinion : c'est qu'ils sont affectés au bailleur indépendamment de toute convention.

engagés ont été introduits sur le fonds, le fermier en était propriétaire? Pour décider ainsi, comme l'ont fait quelques interprètes, il faudrait admettre que l'interdit Salvien aboutit à une décision définitive, et l'on verra dans un instant que cette opinion n'est point exacte. Le *locator domus* peut exercer son droit de rétention sur les biens que le preneur lui a affectés sans en être propriétaire (L. 1 § 5, *De migr.*, XLIII, 32). Pourquoi donc l'interdit Salvien ne permettrait-il pas au *locator fundi* d'atteindre de tels biens?

963. L'interdit Salvien se donne non seulement contre le preneur ou ses héritiers, mais contre tout possesseur même étranger à la dette, par exemple, contre un acquéreur de la propriété, contre un gagiste ou un créancier hypothécaire. Cette doctrine est présentée comme certaine par Théophile (sur le § 3 *sup.*), c'est donc bien celle de Justinien, et un texte de Julien sur lequel je vais bientôt revenir prouve que c'était aussi celle de l'ancien droit (L. 1 § 1, *De salv. int.*, XLIII, 33) (1). Toutefois il me semble qu'entre le preneur et les tiers deux différences doivent être admises : 1° contre le preneur l'interdit Sal-

(1) Un rescrit de l'empereur Gordien (L. 1, C., *De prec. et salv.*, VIII, 9) porte que l'interdit Salvien compète seulement contre le preneur qui est en même temps débiteur (*tantummodo adversus conductorem debitoremve*). Gordien a-t-il donc commis une erreur? Ou bien est-ce Julien et Théophile qui se trompent? Ou encore la législation aurait-elle changé dans le cours du IIIe siècle? Toutes ces opinions ont trouvé des partisans. Mais une erreur sur un point si important et qui devait être si connu me paraît peu vraisemblable. Quant à un changement survenu dans la législation, il est difficile d'y croire en présence du témoignage de Théophile, et j'y crois d'autant moins que le bailleur a beaucoup plus besoin de l'interdit Salvien contre les tiers que contre le preneur lui-même. Toute la difficulté se ramène donc à dégager le vrai sens du rescrit, et voici l'explication à laquelle je me range. Dans l'espèce l'empereur est consulté non par un *locator fundi*, mais par un simple créancier hypothécaire. Le débiteur ayant vendu et livré le bien hypothéqué, la question est de savoir comment le créancier s'y prendra pour faire valoir son droit. L'empereur répond que l'acheteur est tenu de l'action servienne ou plutôt quasi-servienne, mais non de l'interdit Salvien, car cet interdit suppose une créance qui dérive d'un bail, et dans l'espèce il n'y a pas eu de bail. C'est cette dernière idée que l'empereur exprime d'une façon peu exacte et peu claire en disant que l'interdit Salvien ne compète que contre le preneur. Cette explication admise, le texte de Gordien prend à mes yeux une très grande importance et tranche une question controversée entre les interprètes. Il s'agit de savoir si, de même qu'à côté de l'action servienne il y a une action quasi-servienne, nous devons, à côté de l'interdit Salvien, admettre un interdit quasi-salvien mis au service des créanciers hypothécaires autres que le bailleur d'un fonds rural. Très probablement, cette prétention avait été émise dans la requête adressée à l'empereur, et le rescrit n'a d'autre but que de la rejeter.

vien ne saurait être exercé s'il n'y a pas de fermages échus (1), mais à l'égard des tiers cette condition ne s'impose plus, le bailleur peut agir avant l'arrivée du terme parce qu'il est intéressé à faire rentrer sur le fonds et en quelque sorte sous sa main les objets qui forment sa sûreté (2) ; 2° contre le preneur, l'interdit Salvien est perpétuel ; mais à l'égard d'un simple possesseur étranger à la dette, il s'éteint le jour où celui-ci compte une possession suffisante pour réussir dans l'interdit *utrubi*. En effet cette possession pourrait être opposée même à un créancier gagiste dont le droit est certainement plus fort que celui d'un simple bailleur.

A. La règle d'après laquelle l'interdit Salvien compète contre tout possesseur subit une exception, lorsque le fonds affermé appartient à deux propriétaires qui ont consenti le bail ensemble. Julien (L. 1 § 1, *De Salv. int.*) subdivise cette hypothèse : 1° les objets introduits sur le fonds ont été affectés de telle sorte que chaque bailleur eût hypothèque seulement pour une moitié indivise. Ici nous restons dans le droit commun. Chacun peut user de l'interdit Salvien pour moitié, et cela contre son copropriétaire aussi bien que contre le preneur ou les tiers; 2° l'hypothèque a été constituée *in solidum* au profit de chaque bailleur. Dans leurs rapports avec le preneur ou avec les tiers, ils ont chacun l'interdit Salvien pour le tout ; mais entre eux, et c'est en quoi consiste l'exception que j'ai annoncée, la préférence appartient à celui qui possède, ce qui revient à dire que dans l'espèce l'interdit Salvien sera refusé ou du moins condamné à un échec inévitable. Nous avons ici une application peu rationnelle de la règle *in pari causa melior est causa possidentis*. Toutefois le droit du propriétaire qui ne possède pas n'est point sacrifié : ce que l'interdit Salvien ne peut pas lui procurer, il l'obtiendra, dit Ulpien, en recourant à l'action Servienne (L. 2, *De Salv. int.*) (3).

(1) J'excepte le cas où le preneur aurait perdu la possession par dol.

(2) En ce sens j'allègue un texte qu'on a souvent et fort mal à propos appliqué à l'action hypothécaire (T. II, page 1019, note 1).

(3) La signification que je donne à ce texte est contestée, et voici pourquoi. Un autre texte d'Ulpien (L. 10, *De pign. et hyp.*, XX, 1) porte qu'entre deux créanciers qui ont reçu hypothèque sur la même chose et à la même date, la préférence est accordée au possesseur, même dans l'action servienne. Admettons pour un instant cette doctrine, et alors celui de nos deux bailleurs qui, grâce à sa possession, aurait triomphé dans l'interdit, triompherait pour la même raison dans l'action. Le vaincu de l'interdit n'aurait donc plus aucune ressource. Aussi a-t-on prétendu que la loi 2 *de Salviano interdicto* se rapporte à l'hypothèse d'une affectation consentie pour moitié seulement à chaque bailleur. Même ici, dit-on, celui des deux qui pos-

964. Cette décision d'Ulpien nous indique très clairement la portée et le résultat de l'interdit Salvien. Comme l'interdit *quorum bonorum*, et conformément à sa dénomination d'interdit *adipiscendæ possessionis causa*, il tranche une simple question de possession et ne touche pas au fond du droit. Cela veut-il dire que la partie vaincue dans l'interdit Salvien pourra toujours exercer une action contre son adversaire ? Je réponds par une distinction. Si c'est le bailleur qui a succombé, son échec tient à ce qu'il n'a pas pu prouver la convention d'hypothèque ou la réalité de l'apport, et alors comme ces deux preuves sont également exigées du demandeur à l'action servienne, cette action se trouve forcément exclue par l'exception *rei judicatæ*. Mais l'action quasi-servienne demeure admissible si c'est seulement l'apport qui n'a pas été prouvé. Si au contraire c'est l'adversaire du bailleur qui a triomphé, rien ne l'empêche de recourir à l'action en revendication ou à l'action hypothécaire, et cette action triomphera s'il prouve non seulement qu'un droit de propriété ou d'hypothèque lui a été acquis, mais que ce droit est antérieur à celui du bailleur. En résumé donc, l'interdit Salvien a pour but principal de procurer au bailleur la possession, et grâce à elle le rôle de défendeur dans les contestations qui pourraient s'élever sur l'existence de son droit réel. De cette façon, l'on s'explique très bien la coexistence de l'interdit Salvien et de l'action Servienne, et l'on comprend pourquoi la preuve du droit de propriété du fermier est exigée dans l'action et non dans l'interdit (1).

sède le tout, l'emporterait dans l'interdit contre son copropriétaire, mais celui-ci prendrait sa revanche par l'action servienne. Cette interprétation a le tort de contredire Julien qui dans une telle espèce admet, nous l'avons vu, que le copropriétaire possesseur du tout doit par l'interdit restituer une moitié à son copropriétaire (L. 1 § 1, 2e phr., *De salv. int.*). De plus elle n'est pas rationnelle : car celui qui ne possède rien n'en a pas moins un droit de gage sur une moitié qui n'est point affectée au possesseur. La règle *in pari causa* n'a donc rien à faire ici. Toutes ces difficultés disparaîtront si l'on admet, comme je l'ai déjà noté (T. I, page 784, note 4), que la loi 10 a été détournée de son sens originaire et ne se rapportait qu'à l'interdit Salvien. Aux raisons déjà données en ce sens on ajoutera que dans le livre 73 du commentaire *ad edictum* d'où elle est tirée, Ulpien certainement s'occupait des interdits. On remarquera de plus le mot *serviana* que l'inadvertance des compilateurs a maintenu dans le texte ; ils auraient dû y substituer les mots *quasi serviana*.

(1) La controverse précédemment signalée sur l'effet de l'interdit *quorum bonorum* se reproduit au sujet de l'interdit Salvien. Certains interprètes veulent qu'il aboutisse à une décision définitive. Mais comme dans ce système il fait double emploi avec l'action servienne, on prétend, ce qui n'est nullement certain, qu'à l'origine le préteur donna seulement l'interdit, et que l'action n'aurait été créée que plus tard. Mais pourquoi donc cette création si elle n'apportait rien de nou-

A. Remarquons en terminant que parmi les créanciers hypothécaires le *locator fundi* est le seul pour lequel ait été créé un interdit spécial. S'agit-il d'un *locator domus :* un autre droit lui est accordé, il peut s'opposer à la sortie des meubles soumis à son hypothèque tacite (L. 9, *In quib. caus. pign.*, XX, 2). S'agit-il d'un gagiste proprement dit : nous savons qu'il est réputé posséder à la place du débiteur et qu'en conséquence il est protégé par les interdits *retinendæ* et *adipiscendæ possessionis causa*. Enfin s'agit-il d'un simple créancier hypothécaire : l'action Servienne est sa seule ressource ; s'il en voulait une autre, il devait exiger un gage au lieu de se contenter d'une hypothèque (1).

VII. — Des interdits *uti possidetis* et *utrubi*.

Lib. IV, tit. xv, *De interdictis*, § 4. — Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta *uti possidetis* et *utrubi*, quum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia sit, et ante quæritur uter ex litigatoribus possidere, et uter petere debeat. Namque, nisi ante exploratum fuerit utrius eorum pos-

Ont été introduits pour conserver la possession les interdits *uti possidetis* et *utrubi*, applicables lorsque des deux parts on se dispute la propriété et qu'il s'agit de régler préalablement lequel des plaideurs doit posséder, lequel doit revendiquer. En effet, jusqu'à ce que l'on sache à qui la possession ap-

veau? Comme argument subsidiaire à l'appui du système que j'ai développé, j'ajoute que seul il explique d'une façon satisfaisante les lois 14 pr. et 21 pr. *De pignoribus et hypothecis* (XX, 1). Nous avons déjà vu que le premier de ces deux textes ne peut pas s'entendre raisonnablement des actions servienne ou quasi-servienne (T. II, page 1348, note 2). Quant au second, il ne le peut pas non plus, ou bien il contredirait d'autres textes où nous voyons que dans le droit classique nul n'acquiert ces actions *per extraneam personam* (T. I, page 740, note 2. — T. II, page 264, note 1).

(1) Je crois avoir déjà réfuté l'opinion qui admet un interdit quasi-Salvien (T. II, page 1364, note 1). Elle s'appuie sur un texte vague du Digeste (L. 2 § 3, *De int.*, XLIII, 1), sur un rescrit du code où il ne s'agit que de l'action hypothécaire (L. 3, C., *De pign. et hyp.*, VIII, 14), et sur un passage des sentences de Paul (V, 6 § 16) où il est question d'une hypothèque qui porte sur tous les biens présents et à venir et qui par conséquent ne peut pas être celle du *locator fundi*. Dans le même sens, on a voulu tirer parti de la constitution de Gordien, qui donne l'interdit Salvien *adversus conductorem debitoremve*, et sur laquelle je me fonde pour nier l'existence de l'interdit quasi-Salvien. On n'a pas pris garde que la particule *ve* équivaut ici comme très souvent à *que*. J'ajoute que si l'interdit quasi-Salvien eût existé, son importance aurait été bien supérieure à celle de l'interdit Salvien, et le silence des textes serait fort étonnant.

sessio sit, non potest petitoria actio institui, quia et civilis et naturalis ratio facit ut alius possideat, alius a possidente petat. Et quia longe commodius est possidere potius quam petere, ideo plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi ejus res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio : propter quam causam, quum obscura sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet. Sed interdicto quidem *uti possidetis* de fundi vel ædium possessione contenditur, *utrubi* vero interdicto de rerum mobilium possessione. Quorum vis ac potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat : nam *uti possidetis* interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat, si modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem, etiamsi alium vi expulerat, aut clam abripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem ut sibi possidere liceret; *utrubi* vero interdicto is vincebat, qui majore parte ejus anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat. Hodie tamen aliter observatur; nam utriusque interdicti potestas, quantum ad possessionem pertinet, exæquata est : ut ille vincat et in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestatæ tempore detinet (Gaius, IV, §§ 148 à 150).

partient, l'action pétitoire ne peut pas s'engager, attendu que le droit civil et la raison naturelle s'accordent à vouloir que l'un possède et que l'autre revendique contre le possesseur. Et comme il est beaucoup plus avantageux de posséder que de revendiquer, très souvent et presque toujours un grave débat s'élève au sujet de la possession même. L'avantage de la possession est que le possesseur de la chose a beau n'en pas avoir la propriété, par cela seul que le demandeur ne prouve pas qu'il en est lui-même propriétaire, la possession ne se déplace pas : aussi, quand il y a incertitude sur les droits respectifs des parties, c'est contre le demandeur que le juge prononce. Mais l'interdit *uti possidetis* s'emploie quand le débat porte sur la possession d'un fonds ou d'une maison, l'interdit *utrubi* quand il s'agit de la possession de choses mobilières. Anciennement il y avait entre eux une grande différence d'effet. Dans l'interdit *uti possidetis* la victoire appartenait à celui qui possédait au moment de l'interdit, pourvu qu'à l'égard de son adversaire l'acquisition de sa possession eût été exempte de violence, de clandestinité et de précarité, et cela encore qu'il eût dépossédé un tiers en l'expulsant par violence, en prenant clandestinement sa place ou en obtenant de lui la concession d'un précaire. Au contraire, dans l'interdit *utrubi*, celui-là l'emportait qui avait possédé la plus grande partie de l'année sans violence ni clandestinité, ni précarité à l'égard

de son adversaire. Mais aujourd'hui d'autres règles sont observées. En effet, en ce qui concerne la possession, les deux interdits ont été assimilés : qu'il s'agisse d'un immeuble ou d'un meuble, la victoire est pour celui qui possède au jour de la *litis contestatio*, si sa possession n'est ni violente, ni clandestine, ni précaire à l'égard de son adversaire.

§ 7. — Tertia divisio interdictorum hæc est, quod aut simplicia sunt, aut duplicia. Simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est, qualia sunt omnia restitutoria aut exhibitoria : namque actor est qui desiderat aut exhiberi, aut restitui, reus est is a quo desideratur ut restituat, aut exhibeat. Prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Simplicia sunt, veluti quum prohibet prætor in loco sacro, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri; nam actor est qui desiderat ne quid fiat, reus est qui aliquid facere conatur. Duplicia sunt, veluti *uti possidetis* interdictum et *utrubi*; ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipue reus vel acto intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet (Gaius, IV, §§ 156 à 160).

Voici une troisième division des interdits : les uns sont simples, les autres doubles. Sont simples ceux où l'un n'est que demandeur et l'autre que défendeur. Telle est la nature de tous les interdits restitutoires ou exhibitoires. En effet le demandeur est celui qui poursuit l'exhibition ou la restitution, et le défendeur celui à qui l'on demande de restituer ou d'exhiber. Quant aux interdits prohibitoires, les uns sont simples et les autres doubles. Ce sont des interdits simples que ceux où le préteur défend de faire des ouvrages dans un lieu sacré, dans un fleuve public ou sur ses rives; dans de tels cas le demandeur est celui qui s'oppose à l'exécution de ces ouvrages, et le défendeur celui qui veut les faire. Sont doubles les interdits *uti possidetis* et *utrubi*. On les appelle ainsi, parce que les deux plaideurs sont dans une condition identique. Ni l'un ni l'autre n'est exclusivement demandeur ou défendeur, mais tous les deux jouent à la fois ces deux rôles.

965. L'interdit *uti possidetis* s'applique aux immeubles, l'interdit *utrubi* aux meubles (§ 4 *sup.*). Avant de les étudier distinctement, je crois devoir relever les principaux traits qui leur sont communs :

1° tous les deux sont prohibitoires, et par conséquent la procédure *per sponsionem* y fut obligatoire aussi longtemps qu'elle subsista, c'est-à-dire sans doute jusqu'à la suppression du système formulaire; 2° tous les deux, et ce sont les seuls qui offrent ce caractère, sont doubles (§ 7 *sup.* — Gaius, IV, § 160). Voici ce que cela signifie : dans les autres interdits prohibitoires, et dans tous les interdits restitutoires ou exhibitoires, les deux plaideurs ont des rôles absolument distincts. L'un élève une prétention, l'autre la repousse. Il y a donc un demandeur et un défendeur, en un mot l'interdit est simple (§ 7 *sup.* — Gaius, IV, §§ 157 à 159). Ici au contraire nous sommes en présence de deux prétentions absolument égales : chaque partie affirme sa propre possession et nie celle de son adversaire, chacune est donc à la fois demanderesse et défenderesse. A ce point de vue, nos deux interdits ressemblent aux trois actions divisoires, et Ulpien les comprend avec elles sous la dénomination d'actions mixtes (L. 37 § 1, *De obl. et act.*, XLIV, 7). Ce caractère double ou mixte entraîne ici les conséquences déjà signalées à propos des actions divisoires (T. II, page 1039), et nous verrons bientôt qu'il en produit d'autres encore (1); 3° par cela même que les interdits *uti possidetis* et *utrubi* ont pour but la conservation de la possession, leur principale fonction consiste à faire cesser le trouble qu'un possesseur éprouve par l'effet d'une prétention rivale. Cependant cette fonction n'est pas celle que les textes mettent le plus en relief. Supposant que deux personnes se disputent la propriété d'une chose, ils considèrent nos deux interdits comme destinés surtout à fixer les rôles respectifs des parties dans la revendication (§ 4 *sup.* — Gaius, IV, § 146. — L. 1 § 3, *Uti poss.*, XLIII, 17) (2). Certes, la réalité et la grande utilité pratique de cette fonction ne sauraient être contestées, mais logiquement elle n'est que secondaire et sa rattache à la précédente. C'est parce que ma possession a cessé d'être troublée, a été judiciairement reconnue, que le rôle de défendeur à la revendication m'est assuré. On remarquera d'ailleurs qu'en fait il n'y a pas d'interdit possessoire qui ne serve quelquefois de

(1) Comme tous les interdits sont simples ou doubles, on peut trouver là matière à une classification générale, et tel est le procédé des textes (§ 7 *sup.* — Gaius, IV, § 156. — L. 1 pr., *De int.*). Mais il m'a paru plus naturel et plus simple de signaler le caractère double des interdits *retinendæ possessionis* comme une particularité exceptionnelle qui leur est propre.

(2) Ces textes prouvent très clairement que nos deux interdits ne touchent pas au fond du droit. Nous ne retrouverons donc pas ici la controverse soulevée à propos des interdits *quorum bonorum* et Salvien.

simple préambule à une revendication, et qu'en sens inverse l'exercice de cette action ne suit pas nécessairement les interdits *uti possidetis* et *utrubi :* on conçoit fort bien que le vaincu n'élève aucune prétention à la propriété; 4° enfin ces deux interdits, quoique qualifiés *retinendæ possessionis causa*, ne se bornent pas toujours à assurer la conservation d'une possession actuelle. Nous verrons que l'un et l'autre, particulièrement l'interdit *utrubi*, ont vraiment une portée pratique plus large et parfois nous font recouvrer une possession perdue.

966. De l'interdit *uti possidetis*. — L'édit s'exprime en ces termes : *uti eas ædes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario, alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto* (L. 1 pr., *Uti poss.*, XLIII, 17). Quoique cette rédaction se rapporte particulièrement aux maisons, l'interdit *uti possidetis* s'applique sans difficulté à tous les immeubles (Gaius, IV, § 149) (1). La formule prétorienne fait très bien ressortir le caractère prohibitoire de cet interdit. Elle contient une défense (*vim fieri veto*), mais cette défense s'adresse simultanément aux deux parties. Pourquoi? parce que l'une et l'autre prétendent avoir la possession et que l'on ne sait pas de quel côté est la vérité. Ainsi s'accusent dans la forme et le caractère double de l'interdit *uti possidetis* et la cause qui détermine ce caractère, c'est-à-dire l'antagonisme de deux prétentions égales. J'ajoute que ces prétentions portent, aux termes de l'édit, sur la *possessio ipsius rei*. Nous savons en effet qu'à l'origine, l'interdit *uti possidetis* ne s'appliquait pas entre deux personnes dont l'une prétendait avoir la possession de la chose elle-même, et l'autre la quasi-possession d'un usufruit ou d'une servitude prédiale, non plus qu'entre deux personnes qui se disputaient la quasi-possession d'un droit d'usufruit (2). Ces idées sont trop certaines pour que j'y insiste. Mais en voici deux autres qui ont été contestées par quelques interprètes et qui néanmoins se dégagent très nettement de la formule prétorienne : 1° puisque les deux parties prétendent qu'elles possèdent, l'interdit *uti possidetis* ne compète pas

(1) On fera une remarque semblable sur la rédaction de l'interdit *utrubi*. Le préteur suppose que la contestation porte sur un esclave, et sa disposition n'en a pas moins une portée générale (L. 1 pr., *De utr.*, XLIII, 31).

(2) Il est certain que l'interdit *uti possidetis* fut d'assez bonne heure étendu à de telles hypothèses (L. 3 §§ 2, 4, 9; L. 4, *Uti possid.*). Mais alors le préteur devait forcément en modifier la formule. Une modification était également nécessaire, lorsque l'une des parties prétendait avoir la possession du fonds tout entier, et l'autre la possession d'une simple part divise ou indivise (L. 1 § 7, *Uti poss.*).

au possesseur à raison d'un simple trouble de fait pratiqué par quelqu'un qui ne se dit pas possesseur (1); 2° puisque c'est une possession actuelle que les deux parties allèguent, nul ne peut recourir à notre interdit pour prévenir un trouble futur et couper court à une prétention qui ne s'est pas encore manifestée (2).

En poursuivant l'analyse de la formule prétorienne, nous allons aisément nous rendre compte des conditions moyennant lesquelles on réussit dans l'interdit *uti possidetis*. En principe l'état de choses qui existe au jour de l'émission de l'interdit doit être respecté. Le préteur veut que la possession reste où elle est. Or, bien que les deux parties se l'attribuent l'une et l'autre, il ne peut y en avoir qu'une qui possède vraiment, c'est-à-dire qui ait tout à la fois le *corpus* et l'*animus*. C'est donc elle qui l'emportera. Mais ce principe n'est pas absolu. Supposons que celui qui a la possession de fait l'ait acquise *vi*, *clam* ou *precario* (3). Si de tels vices n'existent que par rapport à un tiers non engagé dans la contestation, on n'en tiendra pas compte; on restera dans la règle, car une possession même vicieuse est un titre contre qui ne possède pas du tout (L. 53, *De acq. vel. omitt. poss.*, XLI, 2. — L. 2, *Uti poss.*). Si au contraire ces vices existent par rapport à l'adversaire lui-même, si c'est lui que cette possession vicieuse a dépouillé, elle est sans force à son égard; c'est donc lui qui triomphe, et voilà pourquoi j'ai pu dire que dans une certaine mesure l'interdit *uti possidetis* sert à recouvrer la possession perdue. Que telle en soit bien la portée, cela résulte très clairement de sa formule, et cela est confirmé par nombre de textes (§ 4 *sup.* — Gaius, IV, § 150. — L. 1 § 9, *Uti poss.*) (4). Voici en quelques mots la pensée du pré-

(1) Dans l'opinion contraire on allègue un texte où nous voyons un locateur user de l'interdit *uti possidetis* contre son locataire qui veut l'empêcher de réparer la maison louée (L. 3 § 3, *Ut. poss.*). Mais les derniers mots du texte montrent que dans l'espèce il s'agit d'un locataire qui nie le bail et prétend posséder.

(2) Sans doute je puis faire comparaître *in jus* celui que je soupçonne de vouloir troubler ma possession. Mais là, de deux choses l'une : ou il se déclare possesseur, et alors le trouble est réalisé, je puis obtenir l'interdit; ou au contraire, il décline toute prétention contraire à la mienne, et alors tout est fini. La *cautio de non amplius turbando*, qui serait exigée de lui selon quelques interprètes, est une pure imagination.

(3) Nous savons ce que c'est que le précaire (n° 596). La *vis* consiste en des voies de fait. Il y a clandestinité quand on prend possession à l'insu et en se cachant de quelqu'un dont on redoute un procès. La possession ainsi viciée à son origine demeure vicieuse, tant qu'elle ne change pas de cause (L. 6 pr.; L. 40 § 2, *De acq. vel. amitt. poss.*, XLI, 2).

(4) Néanmoins cette doctrine est contestée. Certains interprètes prétendent que

teur : celui qui détient *vi, clam* ou *precario* est réputé, nonobstant son *animus*, ne pas posséder à l'égard de la personne dépouillée, et réciproquement, par rapport à lui, cette personne est réputée posséder encore, pourvu qu'elle ait conservé l'*animus*. Cela étant, il nous est facile de comprendre qu'après avoir engagé l'action en revendication un propriétaire recoure néanmoins, comme le suppose Ulpien, à l'interdit *uti possidetis* (L. 12 § 1, *De acq. vel. amitt. poss.*). S'il a pu revendiquer, c'est qu'en fait il n'avait pas l'exercice de la possession; s'il peut user de notre interdit, c'est qu'à son égard la possession de son adversaire est vicieuse. Il lui est donc permis de se comporter à son gré comme ne possédant plus ou comme possédant encore. Toutefois une difficulté surgit ici : puisque celui qui a perdu la possession *vi, clam* ou *precario* peut la recouvrer à l'aide de l'interdit *uti possidetis*, on se demande à quoi servent les interdits *recuperandæ possessionis causa*. Cette question recevra sa réponse à propos de l'interdit *unde vi* (n. 972).

967. Reste à étudier la procédure et les résultats de l'interdit *uti possidetis*, tels qu'ils étaient dans le droit classique. C'est ici le côté le plus curieux de notre matière. Malheureusement le texte de Gaius, qui donnait des détails abondants, est demeuré en grande partie illisible (Gaius, IV, §§ 166 à 170).

Plaçons-nous d'abord *in jure*. Avant tout, il faut savoir quel est celui des plaideurs qui en fait possédera la chose pendant le litige, qui par conséquent pourra provisoirement s'en servir et en recueillir les fruits. Or, comme on ne voit pas de raison pour que ce soit l'un plutôt que l'autre, le magistrat ouvre entre eux des enchères, il fait ce que Gaius appelle une *fructus licitatio*. La possession provisoire est attribuée à celui qui offre la somme la plus forte et qui la promet avec satisdation à son adversaire. Cette promesse porte le nom de *fructuaria stipulatio* (1). Du reste la somme promise, bien que correspondant à la valeur estimative de la jouissance provisoire, n'en est pas le prix : elle con-

celui qui n'a pas actuellement la possession de fait doit toujours recourir à un interdit *recuperandæ possessionis causa* et ne peut jamais triompher dans l'interdit *uti possidetis*, même contre un adversaire dont la possession est vicieuse à son égard. D'autres, moins absolus et peut-être moins logiques, font une distinction : celui qui n'a pas la possession de fait ne pourrait jamais solliciter l'émission de l'interdit *uti possidetis*. Mais si elle est provoquée contre lui, il l'emporterait contre l'adversaire qui possède *vi, clam* ou *precario ab eo*.

(1) Celui qui l'emporte dans la *fructus licitatio* n'est pas pour cela dispensé de prouver son droit à la possession (Gaius, IV, § 167). Cette preuve incombe, par la nature des choses, à l'une et à l'autre partie.

stitue une peine, mais une peine qui ne deviendra exigible qu'autant que le promettant sera jugé ne pas posséder. Après la *fructuaria stipulatio* viennent les *sponsiones* sur lesquelles je n'aurais rien à dire si le caractère double de l'interdit *uti possidetis* n'apportait ici des complications d'ailleurs fort logiques. Nous savons que dans un interdit prohibitoire simple il y a une *sponsio* faite par le demandeur et une *restipulatio* faite par le défendeur. Mais dans l'interdit *uti possidetis,* puisque chaque partie attaque et est attaquée, il y a deux *sponsiones* et deux *restipulationes*, comme si le préteur avait émis deux interdits distincts, chaque partie jouant dans l'un le rôle que son adversaire joue dans l'autre. Ainsi Aulus Agérius, en sa qualité de demandeur, fait une *sponsio* et répond à la *restipulatio* de Numérius Négidius; puis celui-ci, qui est également demandeur, fait à son tour une *sponsio* et répond à la *restipulatio* d'Aulus Agérius. En résumé donc, et comme conclusion, cinq formules sont rédigées par le magistrat. L'une, fondée sur la *fructuaria stipulatio*, est délivrée à la partie qui n'a pas obtenu la possession provisoire. Les quatre autres sont fondées sur les *sponsiones* et les *restipulationes;* chaque partie en obtient deux. Est-ce là toute la mission du magistrat? Évidemment non, car toutes ces formules ont pour objet la poursuite d'une peine. Or si le possesseur intérimaire succombe, il est tenu de restituer la possession et les fruits. Pour assurer cette restitution la délivrance d'une action spéciale est certainement nécessaire. Cette action est, je pense, celle que Gaius appelle *judicium secutorium* ou *Cascellianum* (1).

Passons à l'office du juge. Bien que plusieurs formules lui soient soumises, sa tâche est beaucoup moins complexe qu'elle ne le paraît au premier coup d'œil. Tout en effet se ramène à cette unique question : de quel côté l'interdit a-t-il violé ? Cette question peut aussi se poser, et elle n'en sera que plus précise, sous la forme suivante : quel est celui des plaideurs qui au jour de l'émission de l'interdit ne possédait pas ou n'avait qu'une possession entachée de violence, de clandesti-

(1) Gaius ne dit pas que la restitution de la possession et la restitution des fruits soient demandées par une seule et même formule, mais cela paraît bien naturel. Quant au *judicium secutorium* ou *Cascellianum*, il lui assigne très formellement pour objet direct et principal la restitution de la possession (Gaius, IV, § 169), et dans un autre passage (IV, § 166 *in fine*) il nous montre que ce *judicium* était arbitraire et que de son temps l'ordre du juge ne comportait pas d'exécution forcée. D'où vient cette qualification de *judicium Cascellianum?* très probablement du jurisconsulte Aulus Cascellius dont Horace a vanté le savoir, et Pomponius l'éloquence (Hor., *De art. poet* , v. 371. — L. 2 § 45, *De orig. jur.*, 1, 2).

nité ou de précarité à l'égard de son adversaire ? Remarquons, en effet, que la partie dont la possession est nulle ou affectée de ces vices aura toujours violé l'interdit, car de deux choses l'une : ou c'est elle ou ce n'est pas elle qui l'a emporté dans la *fructus licitatio*. Au premier cas, elle a privé son adversaire de la possession ; au second cas, elle ne la lui a laissée qu'en le forçant à la payer. Pour déterminer les résultats du litige, il faut distinguer deux hypothèses : 1° si c'est le possesseur intérimaire qui triomphe, il obtient deux condamnations fondées l'une sur la *sponsio* qu'il a faite comme demandeur, et l'autre sur la *restipulatio* qu'il a faite comme défendeur. Mais il est absous sur les deux actions qui dérivent de la *sponsio* et de la *restipulatio* de son adversaire, sur la *fructuaria stipulatio*, et sur la demande en restitution de la chose ou des fruits ; 2° si au contraire c'est le possesseur intérimaire qui succombe, nous aboutissons à des résultats inverses. Et d'abord sur la *sponsio* et la *restipulatio* qu'il a faites avec son adversaire, celui-ci obtient une double absolution. Puis contre lui-même trois condamnations sont prononcées, dont l'une a pour cause la *fructuaria stipulatio* (1), et les deux autres la *sponsio* et la *restipulatio* faites par la partie vaincue dans la *fructus licitatio*. Ce n'est pas tout. Le possesseur intérimaire est tenu de restituer la chose et les fruits. En vertu du *judicium Cascellianum* ou *secutorium*, le juge lui en intime l'ordre, et si cet ordre n'est pas exécuté, il prononce une quatrième condamnation (2).

(1) Gaius (IV, § 169) nous fait remarquer que la partie gagnante peut laisser de côté la *fructuaria stipulatio* et agir *de fructus licitatione* par un *judicium* spécial qu'on appelle *secutorium*, comme celui qui tend au recouvrement de la possession, mais non pas *Cascellianum*. En quoi différaient ces deux actions? Probablement dans ce *judicium secutorium*, la condamnation, tout en restant pénale, ne se mesurait pas à la *summa licitationis*, elle avait pour objet l'intérêt réel que la partie gagnante aurait eu à n'être pas privée de la possession provisoire. Dans ce *judicium*, la *cautio judicatum solvi* était toujours exigée du *reus*. Nous trouvons donc ici une nouvelle exception à la règle générale qui affranchit de cette *cautio* le défendeur plaidant en son propre nom dans une action personnelle (T. II, page 1312, note 1).

(2) Toutes les condamnations que j'ai mentionnées sont pénales, excepté celle qui intervient sur le *judicium Cascellianum*, et celle-ci, telle que je l'ai présentée, ne dépasse pas l'intérêt que la partie gagnante peut avoir à recouvrer la possession avec les fruits. De là cette question : l'interdit *uti possidetis* n'aboutit-il pas, s'il y a lieu, à des dommages-intérêts? L'affirmative n'est guère douteuse, s'il s'agit de dommages-intérêts fondés sur des faits postérieurs à l'émission de l'interdit. La vraie difficulté consiste à savoir s'ils peuvent être obtenus à raison de faits antérieurs. Pour nier que cela soit possible, on a d'abord allégué la règle générale d'après laquelle les fruits ne sont dus qu'à partir du jour où l'interdit a été

A. Je finis en appelant l'attention sur une découverte récente qui résulte de la dernière tentative faite pour restituer le manuscrit de Vérone (Gaius, IV, § 170). Il est possible qu'une fois l'interdit émis, l'une des parties ne veuille pas, dit Gaius, *cetera ex interdicto facere*, c'est-à-dire se prêter à l'accomplissement des formalités prescrites, par exemple procéder à la *fructus licitatio*, fournir la *satisdatio* exigée comme condition de la possession intérimaire, faire les *sponsiones*, consentir à la délivrance des formules. Pour vaincre cette résistance, le préteur avait imaginé des interdits qualifiés *secundaria*. Quels en était les effets ? Gaius les décrivait sans doute avec détail. Mais le manuscrit rebelle n'a pas livré son secret, et tout ce qui résulte des quelques mots qui ont pu être déchiffrés, c'est que celui qui avait encouru l'interdit *secundarium* y succombait alors même qu'il eût dû l'emporter dans l'interdit *uti possidetis*.

968. De l'interdit *utrubi*. — Nous trouvons au Digeste la formule suivante : *utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto* (L. 1 pr., *De utr.* XLIII, 31). Cette formule est incomplète, nous le verrons bientôt. Néanmoins elle fait suffisamment ressortir le caractère prohibitoire et le caractère double de l'interdit *utrubi*. Les parties étaient donc forcées de plaider *per sponsionem*, et il y avait de part et d'autre une *sponsio* et une *restipulatio*. Pour le surplus, la procédure devait être également conforme à celle de l'interdit *uti possidetis* : on devait re-

rendu. Mais j'ai déjà indiqué (T. II, page 1349) que cette règle n'est pas absolue, et là même où elle doit s'appliquer, elle suppose sans doute que les fruits ont été perçus paisiblement et sans opposition. Un autre argument qui paraît plus fort a été tiré du caractère prohibitoire de l'interdit *uti possidetis* : une prohibition, a-t-on dit, ne porte que sur l'avenir, et par conséquent, la nature même de notre interdit exclut toute allocation de dommages-intérêts pour des faits qui l'ont précédé. A cela on a très justement répondu par le texte même de l'édit. Après avoir posé la formule de l'interdit *uti possidetis*, le préteur ajoute ces mots : *neque pluris, quam quanti ea res erit, intra annum, quo primum experiundi potesta fuerit, agere permittam* (L. 1 pr., *uti poss.*). Qu'est-ce que cela veut dire? évidemment que le gagnant peut en principe se faire indemniser de la totalité du dommage éprouvé, mais que pourtant le juge ne tiendra compte que des faits qui se rapportent à l'année utile antérieure à l'émission de l'interdit. La doctrine que je rejette aboutit ou à une iniquité ou à une complication de plus : car ou elle laisse sans réparation les dommages antérieurs à l'interdit, ou elle admet qu'après avoir triomphé sur l'interdit *uti possidetis* la partie lésée devra solliciter la délivrance d'une action *in factum*. Resterait à savoir comment les dommages-intérêts pourront être obtenus dans la procédure même de l'interdit. Il me paraît probable que ce sera par le *judicium Cascellianum* si c'est le possesseur intérimaire qui succombe, sinon, à l'aide d'une formule spéciale qui s'ajouterait à celles dont j'ai parlé.

trouver ici la *fructuaria, stipulatio*, le *judicium Cascellianum*, et peut-être les *interdicta secundaria*. Ce sont là des conjectures que l'analogie autorise; mais nous ne pouvons rien affirmer, le texte de Gaius étant resté illisible.

Nous avons vu que pour réussir dans l'interdit *uti possidetis* il faut en général avoir la possession actuelle. Ici la règle est tout autre : il faut avoir possédé plus longtemps que son adversaire dans l'année immédiatement antérieure à l'émission de l'interdit (*majore parte hujusce anni*) (1). Mais l'efficacité de cette possession plus longue est subordonnée à la même condition que l'efficacité de la possession actuelle dans l'interdit *uti possidetis*. Je veux dire que même en matière mobilière nul ne peut se prévaloir d'une possession acquise *vi, clam* ou *precario ab adversario*. Ainsi je ne compte que deux mois de possession dans l'année et vous en comptez dix, mais votre possession est vicieuse à mon égard, cela suffit à m'assurer le succès. Gaius (IV, § 150), Paul (V, 6 pr.) et Justinien (§ 4 *sup.*) s'accordent à reconnaître l'inutilité d'une possession vicieuse, et si nous en croyons le texte de Gaius, les formules usitées dans la pratique ne manquaient jamais de s'exprimer en ce sens. C'est ce qui m'a fait dire tout à l'heure que la formule rapportée au Digeste n'est pas complète : après le mot *anni* devaient figurer les mots *nec vi, nec clam, nec precario ab altero*. Mais revenons à la règle générale d'après laquelle le succès appartient à la partie qui justifie de la plus longue possession dans l'année. Pour bien comprendre la portée pratique de cette règle, il faut savoir que chaque plaideur peut ajouter à sa propre possession celle de la personne à qui il a succédé soit à titre particulier, soit à titre universel. Cette réunion de deux possessions en une seule prend ici le même nom qu'en matière d'usucapion et de *longi temporis præscriptio*, elle s'appelle *accessio possessionum* (2). Elle n'est

(1) Cela ne signifie pas qu'une possession de plus de six mois soit nécessaire. Par exemple deux mois de possession dans l'année me suffiront pour l'emporter sur celui qui n'a possédé qu'un mois (L. 156, *De verb. sign.*, L, 16). Plus évidemment encore on peut échouer avec une possession qui est en tout plus longue que celle de l'adversaire. Ainsi au jour de l'émission de l'interdit vous possédez depuis sept mois; j'avais possédé pendant les huit mois précédents. C'est vous qui triompherez, parce que dans la seule année dont on doive tenir compte vous avez possédé deux mois de plus que moi (Gaius, IV, § 152).

(2) Cependant on ne confondra par les deux théories. Et d'abord, de même que pour réussir dans l'interdit *utrubi* je n'ai pas besoin que ma propre possession soit continue, de même celle que j'y ajoute peut en être séparée par un certain intervalle de temps. Voilà pourquoi la possession que le défunt n'a pas conservée jusqu'à

autorisée qu'au profit de celui qui s'appuie sur une possession personnelle exempte de vices à l'égard de son adversaire (1). De plus elle suppose que la possession qu'on emprunte est elle-même *justa* : en d'autres termes, je ne puis faire usage d'une possession qui eût été inutile à mon auteur lui-même, parce qu'elle était entachée de violence, de clandestinité ou de précarité par rapport à mon adversaire (Gaius, IV, § 151). Grâce à l'*accessio possessionum*, celui qui a fait la tradition d'un meuble ne peut pas déposséder celui qui l'a reçue. Si dans une telle hypothèse l'interdit *utrubi* compète *ipso jure*, du moins est-il repoussé par une exception fondée sur ce que la possession du *tradens* appartient désormais à l'*accipiens* (2).

Des explications qui précèdent, il résulte avec évidence que, quoique qualifié *retinendæ possessionis causa*, l'interdit *utrubi* nous fait tout aussi bien recouvrer que conserver la possession. Non seulement il nous la fait recouvrer lorsque celle de notre adversaire est vicieuse ; mais cet adversaire possédât-il sans vices, et nous-même eussions-nous perdu le *corpus* et l'*animus*, tant que nous satisfaisons à la condition d'avoir possédé plus longtemps que lui dans l'année, nous pouvons le déposséder. Telle étant la portée de l'interdit *utrubi*, nous nous expli-

sa mort profite néanmoins à son héritier. Tel est le sens le plus naturel d'un texte que précédemment j'ai cherché à expliquer d'une autre façon (L. 13 § 5, *De acq. vel. amitt. poss.*, XLI, 2). En second lieu, puisque la possession personnelle exigée dans l'interdit *utrubi* peut être dépourvue de bonne foi et de juste cause, celle que l'on emprunte le peut tout aussi bien (L. 13 § 7, *De acq. vel amitt. poss.*).

(1) Le texte cité à la note précédente (*in fine*) fait très bien ressortir la nécessité d'une possession personnelle. J'ai concédé la jouissance d'une chose à titre de précaire. La possession du précariste ne me servira contre les tiers que lorsque j'aurai révoqué le précaire et repris ma chose. Du reste, on paraît avoir discuté si l'héritier ne devait pas être traité plus favorablement que les ayant-cause particuliers. Quelques jurisconsultes le dispensaient de toute possession personnelle. Cette opinion ne faisait qu'assimiler l'interdit *utrubi* aux actions héréditaires Elle n'avait rien de déraisonnable en soi. Mais elle était contraire au principe général d'après lequel la possession du défunt ne se transmet à l'héritier qu'au moment où il appréhende matériellement la chose. Aussi est-elle condamnée par Ulpien (L. 13 § 4, *De acq. vel. amitt. poss.*).

(2) Nous avons vu toutefois que lorsque la tradition a été faite en vertu d'une donation contraire à la loi Cincia, le donateur peut recouvrer sa chose par l'interdit *utrubi* tant que le donataire n'a pas possédé plus longtemps que lui dans l'année (T. I, page 747 *in fine*). Cela prouve bien qu'en règle générale ce n'est pas *ipso jure* que la possession du *tradens* appartient à l'*accipiens* ; sinon la donation deviendrait parfaite et irrévocable par l'effet immédiat de la tradition. Cela prouve aussi que l'interdit *utrubi* peut faire triompher non seulement celui qui a perdu la détention de la chose, mais même celui qui s'est dessaisi de l'*animus domini*.

quons très facilement pourquoi l'interdit *unde vi* n'était point admis en matière mobilière. Le *raptor* n'ayant évidemment qu'une possession vicieuse, l'individu dépouillé n'avait, pour se faire réintégrer, qu'à user de l'interdit *utrubi* dans l'année. La seule chose qui puisse étonner, c'est que cet interdit n'ait pas été rangé dans une classe à part et qualifié *tam recuperandæ quam retinendæ possessionis causa*. Très probablement nous devons conclure de sa dénomination que la possession reconquise par son secours était réputée n'avoir jamais été perdue ni interrompue (T. I, p. 566, note 2).

Au surplus la théorie que je viens d'exposer n'est plus celle des Institutes. Justinien (§ 4 *sup.*) constate que dans la pratique de son temps l'interdit *utrubi*, tout aussi bien que l'interdit *uti possidetis*, faisait triompher le possesseur actuel. Cette innovation, dont la date ne saurait être établie avec précision, n'appartient certainement pas au droit classique (1). Elle eut pour conséquence de faire disparaître la théorie de l'*accessio possessionum*, mais elle ne changea rien à la situation de celui qui n'avait qu'une possession vicieuse *ab adversario*. Cette possession resta inefficace comme autrefois, et cela devait être puisque l'on assimilait l'interdit *utrubi* à l'interdit *uti possidetis*.

VII. — De l'interdit *unde vi*.

Lib. IV, tit. xv, *De interdictis*, § 6. — Recuperandæ possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel ædium vi dejectus fuerit; nam ei proponitur interdictum unde vi, per quod is qui dejecit cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo qui dejecit vi, vel clam, vel precario possidebat. Sed ex constitutionibus sacris, ut supra diximus, si quis rem per vim occupaverit, si quidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur; si aliena, post ejus restitutionem etiam æstimationem

On rend des interdits pour faire recouvrer la possession, lorsqu'une personne a été violemment dépossédée d'un fonds ou d'une maison. En effet, en faveur de cette personne est proposé l'interdit *unde vi*, par lequel l'auteur de la violence est tenu de restituer la possession à celui qu'il a expulsé, et cela encore que par rapport à celui-ci n'eût qu'une possession violente, clandestine ou précaire. Mais aux termes des saintes constitutions, déjà mentionnées par nous, celui qui s'empare d'une chose

(1) Cependant la règle nouvelle est constatée au Digeste dans un texte placé sous le nom d'Ulpien. Mais l'interpolation ne saurait être douteuse. Paul, contemporain d'Ulpien, donne la supériorité, comme le faisait Gaius, à celui des deux adversaires qui compte la plus longue possession dans l'année (Paul, V, 6, § 1).

rei dare vim passo compellitur. Qui autem aliquem depossessione per vim dejecit tenetur lege Julia de vi privata, aut de vi publica; sed de vi pravata, si sine armis vim fecerit; sin autem cum armis eum de possessione expulerit, de vi publica, Armorum autum appellatione non solum scuta t gladios et galeas significari, sed et fustes et lapides (Gaius, IV, §§ 154 et 155).

par violence en perd la propriété si elle lui appartient, et si elle ne lui appartient pas, doit non seulement la restituer, mais en payer la valeur la victime de la violence. Au surplus, celui qui dépossède quelqu'un par violence est tenu des peines établies par la loi Julia, soit à raison de la *vis privata*, s'il a exercé la violence sans armes, soit à raison de la *vis publica*, s'il a employé les armes pour enlever la possession. Sous le nom d'armes on comprend non seulement les boucliers, glaives et casques, mais aussi les bâtons et les pierres.

969. L'interdit *unde vi* tend à nous faire recouvrer un immeuble dont la possession nous a été violemment enlevée. Cette violence consiste en des voies de fait qui présentent une certaine gravité ; selon l'expression d'Ulpien, elle est *atrox* (L. 1 § 3, *De vi*, XLIII, 16). Pour mieux préciser, on remarquera qu'elle tombe toujours sous le coup de *lex Julia de vi* qui organise un *judicium publicum* (L. 1 § 2, *De vi.* — § 6 *sup.*) (1). L'interdit *unde vi* dérive donc d'un fait criminel (2), et par conséquent, bien que ne tendant pas à enrichir le demandeur, il doit être considéré comme pénal au moins *a parte rei*. La rubrique même du titre relatif à notre matière (*De vi et de vi armata*) nous avertit que les Romains distinguent ici deux sortes de

(1) La loi Julia *de vi* punit la violence, quel qu'en soit l'objet. Son domaine est donc beaucoup plus vaste que celui de l'interdit *unde vi*. Elle distingue la *vis publica* et la *vis privata*. Ces expressions correspondent à peu près à celles de *vis armata* et *vis quotidiana* que l'on emploie en notre matière (Inst., § 8, *De publ. jud.*, IV, 18.) Cependant la *vis publica* comprend beaucoup d'hypothèses où il n'y a pas violence commise *hominibus coactis armatisve* (LL. 7, 8, 10 pr., *Ad leg. Jul. de vi publ.*, XLVIII, 6). La peine établie pour la *vis publica* était l'interdiction de l'eau et du feu, remplacée plus tard par la déportation ; pour la *vis privata*, c'était une confiscation du tiers des biens, plus l'infamie (L. 10 § 2, *Ad leg. Jul. de vi publ.* — L. 1 pr., *Ad leg. Jul. de vi priv.*, XLVIII, 7). Au surplus, nous ne sommes pas absolument sûrs que les deux sortes de violence fussent prévues par une seule et même loi. Peut-être y avait-il deux lois distinctes.

(2) C'est pourquoi l'empereur Antonin le Pieux, appliquant un principe qui nous est connu (n° 923), décida que l'interdit *unde vi* ne pourrait être exercé qu'après le *judicium publicum de vi* (L. 5 § 1, *Ad leg. Jul. de vi publ.*, XLVIII, 6).

violence. L'une est la violence ordinaire (*vis quotidiana*, ou simplement *vis*) ; l'autre est la *vis armata*. Cette dernière s'exerce *coactis armatisve hominibus* (Cic., *Pro Cec.*, 32). Elle comprend donc toutes voies de fait commises soit par un rassemblement d'hommes sans armes, soit par un ou plusieurs individus armés, et le mot armes ne se renferme pas ici dans sa signification technique : il s'étend aux pierres, bâtons, ou autres objets dont on peut se servir pour blesser une personne ou dégrader une chose (§ 6 *sup.* — Gaius, IV, § 155). L'intérêt de cette distinction n'est pas purement théorique. De même qu'il y a deux sortes de violence, il y a deux interdits *unde vi*, dont chacun a sa formule spéciale et ses règles propres. C'est ce qui résulte avec évidence des explications que Cicéron nous fournit dans le plaidoyer *pro Cecina* (31 et 32). *Ad duas res dissimiles*, dit-il, *duo dejuncta interdica sunt*, et comme nous le verrons tout à l'heure, il relève les différences essentielles qui séparaient les deux formules.

970. De l'interdit *de vi quotidiana*.. — Deux passages de Cicéron (*Pro Tullio*, 44. — *Pro Cecina*, 30) nous permettent de reconstruire la formule de cet interdit telle qu'elle était à l'époque classique : *Une tu ant familia aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno vi dejecisti, quum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum restituas* (1). Cette formule met en plein relief non seulement le caractère restitutoire de l'interdit *unde vi*, mais aussi les conditions exigées pour qu'il prenne naissance. J'en compte quatre :

1° Une dépossession est nécessaire. Déposséder quelqu'un (*dejicere*) c'est l'expulser du fonds, s'il s'y trouve, sinon, l'empêcher d'y rentrer. Peu importe d'ailleurs que l'expulsion ou l'exclusion soient pratiquées contre le possesseur lui-même ou contre ceux qui détenaient en son nom. L'essentiel c'est que ni lui ni eux ne restent sur le fonds et n'y puissent faire des actes de propriété (L. 1 §§ 22, 24, 45; L. 3 § 14, *De vi*). D'ordinaire on ne dépossède quelqu'un que pour occuper la chose à sa place, mais cette occupation n'est pas une condition de la délivrance de notre interdit : la dépossession pure et simple suffit, ainsi que le constate Paul (L. 4 § 22, *De usurp. et usuc.*, XLI, 3) (2).

(1) Cette formule n'est pas identique à celle que nous trouvons au Digeste (L. 1 *pr.*, *De vi*). Elle comprend tout à la fois plus et moins.

(2) Ce texte nous fait observer que l'immeuble non occupé par le *dejiciens* ne devient pas *res vi possessa*, de sorte que l'usucapion reste possible (Voir aussi L. 33 § 2, *De usurp. et usuc.*)

2° Il faut que la dépossession résulte directement de la violence, en d'autres termes qu'elle soit le fait d'un tiers et non du possesseur lui-même. Supposons donc que, sous l'empire de la violence, je consente à faire la tradition de mon fonds. Me voilà bien dépossédé, et l'action *quod metus causa* me sera ouverte parce que j'ai agi *metu* (L. 9 pr., *Quod met. caus.*, IV, 2); mais on me refusera l'interdit *unde vi*, car c'est par ma propre volonté que j'ai cessé de posséder. La violence n'a eu d'autre effet que de déterminer cette volonté (L. 5, *De vi*).

3° Il faut que la dépossession porte principalement sur un immeuble. De là les expressions *unde tu dejecisti* qui conviendraient mal à une chose dépourvue de situation fixe, comme le sont nécessairement les meubles. Donc si la violence n'a pas eu d'autre résultat que de m'enlever un navire, un véhicule, ou tout autre objet mobilier, l'interdit *unde vi* n'est pas admis (L. 1 § 7, *De vi*. — Paul, V, 6, § 5). Mais du moment que je suis dépossédé d'un immeuble, tous les meubles qui s'y trouvent, miens ou non, doivent m'être restitués avec lui, comme s'ils en faisaient partie. Ce détail est relevé dans le texte de l'édit, tel qu'il est donné au Digeste. La simple restitution de l'immeuble ne suffirait donc pas à écarter l'interdit *unde vi* (L. 1 §§ 6 et 32, *De vi*).

4° Enfin il est nécessaire que la personne dépouillée eût une possession exempte de vices à l'égard de son adversaire. Sur ce point la formule que Cicéron nous a transmise est nettement confirmée par les commentaires de Gaius (IV, § 154) et par les sentences de Paul (V, 6 § 7).

971. L'interdit *unde vi* ne compète qu'au possesseur dépouillé (*dejectus*). On le refuse, d'une façon absolue, au fermier, au *procurator* et à tous simples détenteurs. Car comment admettre de leur part la prétention de recouvrer une possession qu'ils n'ont jamais eue ? Ils ont bien pu subir une expulsion de fait ; mais la dépossession proprement dite n'atteint que celui en qui réside l'*animus* (L. 11 §§ 10, 22, 23, 24, 26; L. 20, *De vi*) (1). Toutefois, pour un cas spécial, Constantin vint déroger au principe ancien : il permit à tout détenteur, même à un simple esclave, d'agir au nom du possesseur absent, mais sans

(1) En faveur du simple détenteur on a tiré un mauvais argument de la loi 1 § 9, *De vi*, qui donne l'interdit *unde vi* tant au *possessor naturalis* qu'au *possessor civilis*. Je me suis déjà expliqué sur le sens de ces expressions (T. I, page 502, note 2). Deux autres textes (LL. 12 et 18 pr., *De vi*) paraissent autoriser le fermier à user de l'interdit *de vi*. Mais qu'on y prenne garde, le fermier dont il y est question a cessé d'être un simple détenteur ; il a lui-même dépossédé son bailleur par la violence et s'est ainsi transformé en possesseur véritable.

que pour cela la prescription pût courir avant le retour de celui-ci (L. 1, C., *Si per vim*, VIII, 5) (1).

Quant à la personne tenue de l'interdit, c'est le *dejiciens*, et l'on répute tel non seulement celui qui a commis lui-même les actes de violence, mais aussi celui qui les a ordonnés, tolérés ou même ratifiés après coup (L. 1 §§ 12 et 14, *De vi*). Il est donc possible que plusieurs personnes soient tenues ensemble, mais alors une seule satisfaction les libère toutes (L. 1 § 15, *De vi*). Je disais tout à l'heure que l'interdit *unde vi* dérive d'un délit. Cela nous explique pourquoi, au delà de l'année utile, le *dejiciens* n'est plus obligé que jusqu'à concurrence de son profit (T. II, pag. 1354, texte et note 2) (2); pourquoi ses héritiers ne le sont jamais que dans cette même mesure (L. 1 § 48; LL. 2 et 3 pr., *De vi*) ; et pourquoi enfin, si le coupable est une personne *alieni juris* qui ait agi à l'insu du père de famille, celui-ci ne doit autre chose que l'abandon noxal, et, s'il y a lieu, la restitution de son profit (L. 1 § 15, *De vi*). Au surplus les ayant-cause à titre particulier du *dejiciens*, fussent-ils de mauvaise foi, échappent toujours à l'interdit *unde vi* (L. 3 § 10, *Uti poss.*, XLIII, 17), et lui-même, s'il est l'ascendant ou le patron du *dejectus*, n'est soumis qu'à une simple action *in factum* (T. II page 1064, note 2).

Le résultat de l'interdit *unde vi* consiste dans la plus entière réparation des dommages causés par la dépossession. Ainsi, avec l'immeuble lui-même et les meubles qui s'y trouvaient, doivent être restitués tous les fruits ou autres accessoires connus sous le nom de *causa*, et par une règle exceptionnelle, cette obligation commence, non pas au jour de l'émission de l'interdit, mais au jour même de la dépossession. J'ajoute que, comme le *dejiciens* est tenu *ex delicto*, tous les cas fortuits sont mis à sa charge: donc ce qu'il ne pourra pas restituer en nature fera l'objet d'une condamnation évaluée par le juge (L. 1 §§ 31 à 36, 40 et 41; LL. 6, 15 et 19, *De vi*).

972. Revenant maintenant sur une question précédemment indiquée (n° 966 *in fine*), nous pouvons nous rendre compte des avantages respectifs que les interdits *uti possidetis* et *unde vi* présentent pour la personne dépossédée par violence, car nous savons qu'elle a le choix.

(1) La constitution de Constantin s'applique à toute espèce de choses, même aux meubles, d'où je conclus qu'elle autorise également le simple détenteur à exercer l'interdit *utrubi* au nom du possesseur absent.

(2) Si le *dejectus* avait recouvré la possession, il pourrait, même après l'expiration de l'année utile, se défendre à l'aide d'une exception (L. 5, C., *De exc.*, VIII, 36).

Mais d'abord ce choix lui-même suppose que le *dejiciens* possède, sinon l'interdit *uti possidetis* ne se comprendrait pas. Maitenant l'interdit *uti possidetis* ne s'applique qu'à l'immeuble lui-même et non point aux meubles qui s'y trouvent; il n'impose pas la responsabilité des cas fortuits au *dejiciens* et ne l'oblige pas, en règle générale, à restituer les fruits antérieurs à l'émission de l'interdit. Pour toutes ces raisons, le *dejectus* optera d'ordinaire en faveur de l'interdit *unde vi*. Est-ce à dire que l'interdit *uti possidetis* ne lui offre jamais aucun avantage ? On a déjà vu que celui qui rentre en possesion par l'effet de l'interdit *unde vi* commence une possession nouvelle, tandis que selon toute probabilité la possession recouvrée par l'interdit *uti possidetis* est réputée n'avoir jamais été interrompue. Si donc le *dejectus* était un simple possesseur de bonne foi, l'interdit *uti possidetis* fait réputer non avenue l'interruption de l'usucapion, l'interdit *unde vi* n'a pas ce résultat. Tout ce que l'on comprend dans ce dernier cas, c'est que le *dejectus* commence une nouvelle usucapion si sa bonne foi dure encore, sinon, que des dommages-intérêts lui soient alloués à raison même de l'impossibilité où il se trouve d'usucaper (T. I, page 533, texte et note 3). Enfin il convient de rappeler que nos deux interdits ont des procédures fort différentes : dans l'interdit *uti possidetis* il y a deux *sponsiones* et deux *restipulationes* obligatoires; dans l'interdit *unde vi* il n'y a qu'une *sponsio* et une *restipulatio*, et encore le défendeur peut-il les écarter en demandant un arbitre. A ce point de vue l'interdit *uti possidetis* est peut-être plus avantageux pour le *dejectus* qui est bien sûr de son droit.

973. De l'interdit *de vi armata*. — Trois différences certaines le séparent de l'interdit *de vi quotidiana* : 1° la principale consiste en ce qu'il fait triompher le *dejectus* malgré les vices dont sa possession pouvait être entachée à l'égard du *dejiciens* (Gaius, IV, § 155. — L. 24, *De vi*). Ainsi quand une personne possède *vi*, *clam* ou *precario* par rapport à nous, il nous est bien permis de la dépouiller par la violence ordinaire, mais non par la violence armée (1); 2° l'interdit *de vi armata* est perpétuel, alors même que le *dejiciens* ne possède pas

(1) Ce qui est défendu, c'est seulement l'attaque à main armée. Mais on peut toujours se défendre contre les armes par les armes, et cela s'étend largement : celui qui dépossédé ne se tient pas pour battu et revient à la charge assez tôt pour que la lutte ne subisse pas de véritable interruption est réputé n'avoir fait que se défendre (L. 1 § 27 ; L. 3 § 9 ; L. 17, *De vi*). Le dernier des trois textes que je cite paraît se rapporter à toute violence, mais il a été altéré par Justinien qui a voulu le mettre en rapport avec le droit de son temps. Nous allons voir en effet

et n'a recueilli aucun profit (Cic., *Epist. ad div.*, XV, 16) (1); 3° il est donné même contre l'ascendant ou le patron du *dejectus* (L, 1 § 43, *De vi*). — A ces trois différences je crois pouvoir en ajouter une quatrième. Supposons qu'à la vue ou à la nouvelle de l'agression armée qui se prépare contre lui, le possesseur effrayé s'enfuie. On le tiendra pour *dejectus* et on lui donnera l'interdit *de vi armata*, pourvu qu'après sa fuite le fonds ait été réellement occupé; car cette occupation prouve qu'il n'a pas cédé à une vaine terreur (L. 1 § 29; L. 3 § 7, *De vi*) (2). Changeons maintenant l'espèce et supposons que la fuite du possesseur ait été déterminée par la crainte d'une violence ordinaire. Pourra-t-il, après l'occupation de son fonds, recourir à l'interdit *de vi quotidiana?* Les textes sont muets sur la question, et j'estime qu'il faut la résoudre négativement, attendu qu'en fait la dépossession résulte de la crainte plutôt que de la violence (3).

Je ferai remarquer enfin que d'après quelques interprètes l'interdit *de vi armata* compèterait au simple détenteur. Mais cette opinion ne saurait être admise : aucun texte juridique ne l'appuie, et elle s'accorderait mal avec le but d'un interdit qualifié *recuperandæ possessionis causa* (4).

que dans le dernier état des choses la violence ordinaire est interdite aussi bien que la violence armée.

(1) C'est évidemment à ces deux premières différences que Cicéron fait allusion en disant que la *vis armata* n'est protégée par aucune *defensio juris* (*Pro Cec.*, 29), et que son auteur est *nudus in causa destitus* (*eod.*, 32).

(2) La loi 1 § 29, prouve que cette décision ne fut pas admise sans controverse. Il semble que Pomponius refusât toujours l'interdit *de vi armata* à celui qui avait fui sans attendre d'être attaqué. Au contraire Labéon l'accordait alors même que le fonds n'avait point été occupé, et cette opinion plus indulgente avait été suivie par Julien (L. 33 § 2, *De usurp. et usuc.*, XLI, 3).

(3) Si le possesseur qui fuit avant d'être attaqué n'en a pas moins l'interdit *de vi armata*, à plus forte raison le lui donnerons-nous lorsque, son fonds étant déja occupé, il a fui au lieu de lutter. Dans cette hypothèse Ulpien admet également l'action *quod metus causa* (L. 9 pr., *Quod met. caus.*, IV, 2). Elle est fondée sur ce que le possesseur qui fuit se dépouille *metu*. Que décider si dans la même espèce il s'agissait d'une violence non armée ? Je pense que l'interdit *de vi quotidiana* doit être accordé toutes les fois que la fuite du possesseur a été déterminée par l'impossibilité de lutter avec succès.

(4) Cependant on allègue une différence de rédaction que Cicéron (*pro Cec.*, 31 et 32) relève entre les deux interdits *unde vi*. Les mots *quum ille possideret* ne figuraient pas, dit-il, dans la formule de l'interdit *de vi armata*. Cette affirmation saurait être mise en doute, mais l'argument qu'on en tire ne prouve rien. Cécina n'avait jamais ni possédé ni détenu, il avait été simplement empêché d'entrer en possession. Donc toute l'argumentation de son avocat tend à établir, non pas que l'interdit *de vi armata* protége le simple détenteur, mais qu'on l'accorde aussi bien à celui qui avait le droit d'entrer en possession qu'au possesseur. Quant

Que sont devenues dans le droit de Justinien les différences faites par l'ancien droit entre la *vis quotidiana* et la *vis armata* ? Les deux dernières subsistent, puisque les textes qui les relèvent figurent au Digeste et ne sont contredits nulle part. Mais les deux premières ont disparu. En ce qui concerne la durée de l'interdit *unde vi*, la compilation de Justinien ne contient aucune distinction : elle ne parle jamais que d'une année utile (1). Mais, ce qui est beaucoup plus important, les Institutes (§ 6 *sup.*) constatent que désormais le *dejectus* doit triompher dans tous les cas, alors même que sa possession était violente, clandestine ou précaire par rapport à son adversaire. A cet égard il n'y a donc plus de distinction à faire entre la *vis quotidiana* et la *vis armata*. L'individu dépossédé ne peut user ni de l'une ni de l'autre : il doit absolument recourir aux voies judiciaires. Selon toute probabilité, cette innovation remonte à une constitution de l'année 389 que les Institutes rappellent ici même (§ 6 *sup.*), et que j'ai déjà analysée (n° 746 *in fine*). Les empereurs Valentinien Ier, Théodose Ier et Arcadius ne distinguent pas entre la violence simple et la violence armée ; ils ne recherchent pas si le *dejectus* avait une possession régulière ou vicieuse : dans tous les cas, ils obligent le *dejiciens* à restituer, et de plus lui font perdre la propriété, si elle lui appartenait, sinon, lui imposent de payer au *dejectus* la valeur de la chose (L. 3, C. Th., *Unde vi*, IV, 22. — L. 7, C., *Unde vi*, VIII, 4). Cette seconde disposition nous montre qu'une fois le débat terminé sur la question de possession, la voie pétitoire demeure admise comme autrefois ; car il importe de rechercher de quel côté se trouve la propriété, pour savoir si le *dejectus* peut exiger autre chose que la restitution de l'immeuble (2).

à la rédaction de l'interdit *de vi armata*, si elle était incomplète, cela tient sans doute à ce que pour les conditions communes aux deux interdits le préteur avait cru pouvoir s'en référer à la formule de l'interdit *de vi quotidiana*.

(1) Un texte d'Ulpien (L. 3 § 12, *Unde vi*) permet de croire que dès la fin de l'époque classique l'interdit *de vi armata* avait cessé d'être perpétuel.

(2) La constitution s'applique aux meubles comme aux immeubles, et c'est pourquoi les Institutes la mentionnent aussi au titre *de bonis vi raptis* (IV, 2, § 1). Mais ne concluons pas de là que les empereurs aient eu la pensée d'étendre l'interdit *unde vi* aux choses mobilières. Le dépossédé continuera d'user de l'interdit *utubi* : il lui suffira d'agir dans l'année, et il triomphera quand même sa possession serait vicieuse *ab adversario*.

DES MOYENS DE PRÉVENIR OU RÉPRIMER L'ESPRIT DE CHICANE.

Lib. VI, tit XVI, *De pœna temere liti gantium*, pr. — Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent, quod et nobis studio est. Idque eo maxime fieri potest, quod temeritas tam agentium, quam eorum cum quibus ageretur, modo pecuniaria pœna, modo jurisjurandi religione, modo infamiæ metu coercetur.

§ 1. — Ecce enim jusjurandum, omnibus qui conveniuntur, ex constitutione nostra defertur ; nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius juraverit quod putans sese bona instantia uti ad controdicendum pervenit. At adversus inficiantes ex quibusdam causis dupli vel tripli actio constituitur, veluti si damni injuriæ, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agatur. Statim autem ab initio pluris quam simpli est actio, veluti furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli ; nam ex his causis et aliis quibusdam, sive quis neget, sive fateatur, pluris quam simpli est actio. Item actoris quoque calumnia coercetur ; nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra constitutione. Utriusque etiam partis advocati jusjurandum subeunt, quod nostra constitutione comprehensum est. Hæc autem omnia pro veteris calumniæ actione introducta sunt, quæ in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actores mulctabat, quod

Maintenant nous devons avertir que les anciens législateurs veillèrent avec soin à ce que l'on ne plaidât pas facilement, et elle est aussi notre préoccupation. Pour obtenir ce résultat, on arrête la témérité des demandeurs et des défendeurs tantôt par une peine pécuniaire, tantôt par le lien du serment, tantôt par la crainte de l'infamie.

En effet, aux termes de notre constitution, le serment est déféré à tous ceux qui sont poursuivis. Le défendeur n'est admis à faire valoir ses moyens qu'après avoir juré qu'il se croit fondé à contredire la demande. Mais dans certains cas, ceux qui nient sont tenus au double ou au quadruple, par exemple dans l'action résultant d'un dommage causé sans droit ou d'un legs laissé à des lieux vénérables. Parfois même l'action, dès le principe, s'élève audessus du simple ; ainsi l'action *furti manifesti* est du quadruple, et l'action *furti nec manifesti* du double. Dans ces deux cas et dans quelques autres, peu importe que le défendeur nie ou avoue, l'action excède toujours le simple. L'esprit de chicane est également réprimé chez le demandeur ; en effet, notre constitution l'oblige à jurer *de calumnia*. Les avocats des deux parties sont aussi obligés de prêter ce serment d'après notre constitution. Toutes ces dispositions remplacent l'an-

nunquam factum esse invenimus: sed pro his introductum est et præfatum jusjurandum, et ut improbus litigator et damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur.

cienne action *de calumnia* qui est tombée en désuétude. Elle frappait les demandeurs d'une peine égale au dixième du litige, mais nous n'avons jamais vu que cette peine fût appliquée, et à la place nous avons introduit, outre le susdit serment, l'obligation pour le plaideur sans droit de rembourser à son adversaire les dommages et les frais résultant du progrès.

§ 2. — Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum de dolo; item tutelæ, mandati, depositi, directis non contrariis actionibus; item pro socio, quæ ab utraque parte directa est, et ob id quilibet ex sociis eo judicio damnatus ignominia notatur. Sed furti quidem aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti, et recte : plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit (Gaius, IV, § 181).

Il y a des actions où le défendeur condamné devient infâme. Ce sont d'adord les actions *furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriarum* et *de dolo;* ce sont ensuite les actions directes de tutelle, de mandat, de dépôt, mais non les actions contraires, et pareillement l'action *bro socio* qui est toujours directe, et qui par conséquent entraîne infamie, quel que soit l'associé condamné. Mais en ce qui concerne le *furtum*, la *rapina*, les injures, et le dol, l'infamie atteint seulement ceux qui sont condamnés, mais ceux qui transigent, et c'est avec raison : car il importe grandement de distinguer celui qui doit en vertu d'un délit de celui qui doit en vertu d'un contrat.

974. De tout temps les législateurs romains se montrèrent hostile à l'esprit de chicane et préoccupés d'empêcher qu'on ne s'engageât à la légère dans des procès mal fondés. Les dispositions du droit classique en cette matière sont fort compliquées. Nous y trouvons tout à la fois des peines proprement dites et un moyen préventif (1).

Les peines n'atteignent jamais que la partie qui succombe. Je les divise en trois catégories. Il y en a une qui s'applique au perdant, quel qu'il soit. Les autres sont spéciales ou au demandeur ou au défendeur.

(1) La rubrique du titre *de pœna temere litigantium* est donc un peu étroite.

La peine qui frappe indifféremment l'une au l'autre partie est celle qui résulte de la *sponsio* suivie de *restipulatio*. J'ai déjà décrit ce procédé. Les plaideurs se promettent réciproquement une certaine somme; mais chaque promesse est subordonnée à la condition que le stipulant gagnera son procès, en sorte que par l'effet du jugement l'une devient obligatoire et l'autre s'évanouit. La *sponsio* fut peut-être usitée dans plus d'un cas que nous ne connaissons pas (1). Gaius la signale dans l'action *de pecunia contituta* (n° 721 *in fine*), dans la *condictio certæ pecuniæ* (n°s 874 et 875) (2) et dans les interdits (n° 956). Le taux nous en est connu seulement pour les deux premiers cas: c'est la moitié de l'intérêt litigieux dans l'action de constitut, et le tiers dans la *condictio certæ pecuniæ* (Gaius, IV, § 171). Dans ces deux actions la *sponsio* n'est que facultative (*permittitur*, dit Gaius), mais sans doute il suffit que l'une des parties l'exige pour que l'autre ne puisse s'y soustraire (3). Nous avons vu au contraire que dans les interdits prohibitoires elle s'impose absolument et que dans les autres interdits elle dépend de la bonne volonté du défendeur. La *sponsio* et la *restipulatio* donnent lieu à la rédaction de ceux formules qui sont délivrées en même temps que celle de l'action principale et soumise au même juge. Telle est certainement la marche suivie dans les interdits, et un texte de Gaius (IV, § 181) prouve que l'on procède de même dans l'action de constitut et dans la *condictio certæ pecuniæ*. La question principale une fois vidée, le juge statue donc immédiatement sur les deux promesses. Sur celle du gagnant il prononce une absolution, sur celle du perdant une condamnation. Ainsi la peine encourue par le plaideur qui succombe est absolument indépendante de sa bonne ou de sa mauvaise foi : elle est la conséquence forcée de son échec (Gaius, IV, §§ 13 et 180).

975. Les peines spécialement applicables au demandeur sont le *judicium calumniæ* et le *contrarium judicum*.

(1) Je ne parle que de la *sponsio pœnalis*, non de la *sponsio præjudicialis*, qui constitue l'une des formes spéciales de l'action *in rem*, ni de la *sponsio* toute volontaire que les parties emploient pour soumettre au juge une question qui par elle-même ne donne lieu à aucune action (T. II, n° 803, page 967, note 1).

(2) Cette expression n'est pas celle de Gaius (IV, § 171). Il dit que la *sponsia* est permise *de pecunia certa credita*. Je crois traduire exactement sa pensée en donnant au mot *pecunia* son sens étroit (argent), et au mot *credere* son sens large (devenir créancier par contrat). C'est bien ainsi que les choses sont présentées dans un passage célèbre de Cicéron (*Pro Rosc. com.*, 4 et 5).

(3) Cependant Gaius (IV, § 172) nous apprend que dans l'usage le risque de la *sponsio* n'était imposé ni aux femmes ni aux pupilles.

Le *judicium calumviæ* ne se-restreint pas à des cas déterminés: quelle que soit l'action intentée, le défendeur peut l'obtenir, mais il n'y réussit qu'à la condition de prouver la mauvaise foi de son adversaire. En effet, la *calumnia* consiste, nous dit Gaius (IV, § 178), d'agir dans une intention vexatoire, sachant bien que l'on est dépourvu de droit et ne plaçant ses espérances de succès que dans l'erreur ou l'iniquité du juge. En général ce *judicium* a pour objet une somme égale au dixième des valeurs comprises dans l'action principale. S'il est exercé contre un *assertor libertatis*, c'est un tiers au lieu d'un dixième (Gaius, IV, § 175) (1); en effet, la mauvaise foi de l'*assertor* est particulièrement grave en ce qu'elle tend à favoriser l'usurpation du droit de cité. Selon toute probabilité, le *judicium calumniæ* est organisé en même temps que l'action principale et porté devant le même juge. C'est pourquoi Gaius dit *adversus omnes actiones locum habet*, expressions qui semblent bien marquer deux actions parallèles dont l'une est la contre-partie de l'autre. Et d'ailleurs, quand il s'agit d'apprécier les mobiles du demandeur, quel juge serait plus compétent que celui de l'action principale?

Le *contrarium judicium*, à l'exemple de la *restipulatio*, ne suppose en aucune façon la mauvaise foi du demandeur: en ce sens il est beaucoup plus rigoureux que le *judicium calumniæ* (Gaius, IV, § 178). Aussi constitue-t-il une voie tout à fait exceptionnelle. Gaius (IV, § 177) nous apprend que trois sortes de demandeurs en sont tenus: 1° celui qui intente l'action *injuriarum*; 2° celui qui, lorsqu'une femme a été envoyée en possession au nom de son enfant simplement conçu (*ventris nomine*), la poursuit comme ayant par dol transféré la possession à un tiers (2); 3° celui qui agit prétendant qu'un décret du préteur l'a envoyé en possession et qu'un tiers l'a empêché d'y entrer. Au premier cas le *judicium contrarium* a pour objet le dixième de l'intérêt engagé dans l'action principale; aux deux autres cas, c'est le cinquième au lieu du dixième. Dans tous les cas, comme le *judicium calumniæ*, il est organisé en même temps que l'action princi-

(1) En ce qui concerne l'*assertor*, le texte de Gaius n'a déchiffré que très-récemment (Voir Studemund). On avait longtemps cru qu'il distinguait entre les actions proprement dites et les interdits, et que dans ces derniers le *judicium calumniæ* était du quart.

(2) Cette fraude engendre une action *in factum* au profit des parties intéressées, c'est-à-dire des personnes qui auraient des droits à la succession si l'enfant n'était pas conçu ou ne naissait pas vivant (L. 1 pr., § 1, *Si ventr. nom.*, XXV, 5).

pale et soumis au même juge ; cela résulte du langage employé par Gaius (*adversus injuriarum actionem datur*).

Reste à faire observer qu'en fait le *contrarium judicium* ne concourt jamais avec la *restipulatio*, mais que chacune de ces deux voies peut fort bien concourir avec le *judicium calumniæ*, et qu'alors le cumul n'est point admis : la partie intéressée doit choisir (Gaius, IV, §§ 179 et 181).

976. Les peines spéciales au défendeur sont le doublement de la condamnation en cas *d'infitiatio* et l'infamie. L'une et l'autre sont limitées à certains cas. La mauvaise foi du défendeur n'est donc pas punie d'une manière générale comme l'est celle du demandeur, et cela tient à ce qu'une attaque sans droit blesse plus profondément l'équité qu'une simple résistance au droit d'autrui.

Sur les cas où l'*infitiatio* emporte condamnation au double, j'ai déjà donné des explications suffisantes (n° 860) (1). Je me bornerai à faire remarquer que lorsque la condamnation doit être double, du triple ou du quadruple indépendamment de toute *infitiatio*, on ne saurait y voir un moyen de réprimer l'esprit de chicane du défendeur. Les Institutes, il est vrai, paraissent s'exprimer en sens contraire (§ 1 *sup.*) (2). Mais leur erreur est facile à démontrer. En effet le défendeur qui veut absolument se soustraire à un procès n'en est pas moins tenu de payer le double, le triple, ou le quadruple. Ce n'est donc pas sa résistance à l'action qui est punie, c'est le fait même d'où cette action dérive (3).

Voyons maintenant quelles sont les condamnations qui emportent infamie. Ce résultat se présente dans deux catégories d'actions que Gaius (IV, § 182) et Justinien (§ 2 *sup.*) disinguent avec soin. La première catégorie comprend quatre actions nées d'un délit, savoir les actions *furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriarum* et *de dolo malo*. Dans la seconde figurent cinq actions contractuelles, savoir l'action *pro socio*, les actions directes de fiducie, de tutelle, de mandat et de

(1) Les Institutes parlent ici d'actions qui seraient données au triple en cas *d'infitiatio* (§ 1 *sup.*, 2e phr.). C'est une inadvertance évidente.

(2) Gaius avait une raison que n'a pas Justinien pour mentionner en cette matière les actions où la condamnation excède naturellement le simple. Il voulait faire remarquer qu'elles excluent le *jusjurandum calumniæ* (Gaius, IV, §§ 172 et 173).

(3) Une restriction doit être faite relativement à l'action *quod metus causa*. Là ce n'est ni le délit lui-même ni le fait de plaider qui est puni du quadruple, c'est la désobéissance à l'ordre du juge.

dépôt. Mais sur ces cinq actions le texte de Gaius et des Institutes, quoique conforme à celui de l'édit, n'est certainement pas complet D'abord l'infamie n'y est encourue qu'autant que la condamnation est fondée sur un dol. Pour l'action *pro socio*, cette solution est aisée à justifier. Si en effet l'associé n'a que des fautes à se reprocher, comment l'infamie se concilierait-elle avec l'exception *quod facere possit?* Tant de rigueur irait bien mal avec tant d'indulgence. Quant aux actions directes de fiducie, de tutelles, de mandat et de dépôt, un texte d'Ulpien fournit un argument décisif. Voulant expliquer pourquoi les actions contraires qui portent les mêmes noms n'aboutissent pas à l'infamie, il en donne ce motif : *non de perfidia agitur, sed de calculo* (L. 6, § 7, *De his qui not.*, III, 2). C'est donc que les actions directes ne sont infamantes qu'à raison du dol dont le défendeur a été convaincu. Il résulte de ce même texte que les actions contraires elles-mêmes aboutiraient aussi à l'infamie, si la condamnation avait sa cause dans un dol, et c'est en effet ce que le même Ulpien décide très expressément dans une hypothése de maneat (L. 6, § 5, *De his qui not.*) (1).

Trois règles sont communes à toutes les actions infamantes : 1° l'infamie n'est encourue qu'à compter du jour où l'appel est rejeté ou devient impossible par l'expiration du délai. Dans ce second cas, elle rétroagit ; dans le premier, elle ne date que de la confirmation de la sentence (L. 6, § 1, *De his qui not.*) ; 2° l'infamie n'atteint que celui qui défend en son propre nom. En cas de représentation, le *dominus litis* et son représentant y échappent tous les deux, l'un parce que ce n'est pas lui qui est comdamné, et l'autre parce qu'il n'est pas auteur du délit ou du dol (L. 6, § 2, *De his qui not.*). Cette disposi-

(1) L'infamie n'est pas toujours une peine accessoire destinée à empêcher la résistance à une demande fondée. Aussi compte-t-elle de nombreuses applications en dehors de celles que je viens de signaler. D'abord elle résulte de toutes les condamnations prononcées sur un *judicium publicum* (L. 7, *De publ. jud.*, XLVII, 1), et de certaines autres condamnations criminelles (L. 4, § 4, *De his qui not.*). Elle résulte aussi du *suspecti crimen*, quand le tuteur ou le curateur est destitué pour dol (n° 160 *in fine*). Elle est attachée à certaines professions, telles que celle de comédien, celle de *leno ou de lena* (L. 2, § 5; L. 4, § 2, *De his qui not*). Enfin elle est la conséquence de certains faits, tels que la *bonorum venditio* (T. II, p. 920 *in fine*), la bigamie (L. 1, *De his qui not.*), la dégradation militaire et la *missio gnominiæ causa*, c'est-à-dire le renvoi d'un soldat qui n'a pas fini son temps de service et qui n'est pas infirme (L. 2, § 2, *De his qui not.*). Sur toute cette matière on consultera particulièrement le texte de l'édit (L. 1, *De his qui not.*) et le chapitre VIII de la table d'Héraclée.

tion, contenue dans le texte même de l'édit, fournissait au coupable un moyen facile d'échapper une peine méritée; 3° les sentences rendues par un arbitre désigné en vertu d'un compromis n'emportent pas infamie, attendu que ce ne sont pas de véritables jngements (L. 13 § 5, *De his qui not.*).

Maintenant pourquoi distinguer si l'action infamante résulte d'un délit ou d'un contrat? Le principale intérêt, le seul que relèvent les textes précités de Gaius et des Institutes, est celui-ci : quand il s'agit d'une action *ex delicto*, la transaction est assimilée à la comdamnation. On y voit un aveu, et l'on y attache l'infamie (1). Si au contraire, l'action est contractuelle, la transaction n'est pas réputée honteuse et ne produit pas cet effet (L. 4 § 5; L. 5; L. 7; *De his qui not.*). D'autre part, quand il s'agit d'un délit, peu importe la voie employée pour en obtenir la répression. Si donc celui qui a été victime d'un *furtum*, d'une *rapina* ou d'une injure, néglige d'exercer l'action pécuniaire pour agir *extra ordinem*, la comdamnation n'en sera pas moins infamante (L. 7, *De publ. jud.*, XLVIII,1) (2). Or rien de pareil dans les actions contractuelles. Si en effet nous supposons que l'associé, le pupille, le mandant ou le déposant intentant, comme ils en ont le droit, une *condictio* à la place de l'action engendrée par le contrat, le défendeur, quoique condamné, échappera à l'infamie (L. 36, *De obl. et act.*, XLIV, 7).

Pour terminer sur l'infamie, je dois dire en quoi elle consiste. Elle s'analyse en un certain nombre de dechéances. D'abord il paraît que l'infâme perd le *jus suffragii* (Tit. liv., VII, [2]). Certainement il perd le *jus honorum* de la manière la plus absolue. Il ne peut pas plus aspirer aux dignités municipales qu'aux magistratures romaines, il ne peut pas même figurer sur la liste des juges (Cic., *Pro Cluent.*, 42.— Tab. Heracl., cap. VIII.— L. 1 pr., *Ad leg. Jul. de vi priv.*, XLVIII,7). En outre, *le jus accusandi* ou droit d'exercer une action publique lui est enlevé, à moins qu'il ne s'agisse pour lui de venger une injure personnelle ou la mort de l'un de ses proches (L. 8; L. 11 pr., *De accus.*, XLVIII, 2). Nous avons vu aussi que l'infâme ne peut plus

(1) Le simple pacte de remise n'emporte pas infamie (L. 6, § 3, *De his qui not.*— L. 18, C., *De his qui not.*, II, 12).

(2) Supposons qu'en pareil cas le magistrat excède la peine fixée par la loi; cette peine s'applique néanmoins, mais par une sorte de transaction le condamné évite l'infamie. La même observation doit être étendue à toutes les actions criminelles d'où l'infamie résulte régulièrement (L. 13, § 7, *De his qui not.*).

ni recevoir ni donner une procuration *ad litem* (nº 932). Enfin, d'après les lois caducaires, le mariage était défendu entre l'homme ingénu et la femme frappée d'infamie (nº 91). Toutes ces déchéances étaient naturellement perpétuelles. Pour en être relevé, il fallait obtenir une restitution *in integrum*, qui en règle générale ne pouvait être accordée que par le sénat ou le prince. Cependant le magistrat lui-même avait compétence, quand l'infamie n'était que la conséquence d'un acte qu'il pouvait rescinder (L. 1 §§ 9 et 10, *De post.*, III, 1) (1).

977. A l'occasion des peines infligées au défendeur, quelques mots sur le *juramentum in litem* ne paraîtront pas déplacés. On appelle ainsi la faculté accordée au demandeur de fixer lui-même le montant de la condamnation après avoir juré qu'il ne l'exagèrera pas. En dépit de ce serment, l'estimation ainsi faite dépassera toujours, plus ou moins sensiblement, le chiffre véritable du *quod interest*. A regarder au fond des choses, le *juramentum in litem* constitue donc une peine. Bien qu'il n'augmente pas l'intérêt engagé dans le procès, il grossit la condamnation, dit Gaius (L. 1, *De in lit. jur.*, XII, 3). Dans le même ordre d'idées, Marcellus oppose le *quanti res est* au *quanti in litem juratum fuerit* (L. 8, *De in lit. jur.*). Enfin dans plusieurs textes le *juramentum in litem* est formellement qualifié *pœna*, et de ce point de vue résultent certaines conséquences (L. 60 § 1, *Ad leg. Falc.*, XXXV, 2. — L. 73, *De fid.*, XLVI, 1) (2). Pourquoi donc Gaius et Justinien ne parlent-ils pas ici de cette peine? Sans doute parce qu'elle ne frappe jamais la simple résistance opposée à une demande. Nous verrons tout à l'heure qu'elle suppose toujours quelque chose de plus grave.

Quelles sont les actions où le *juramentum in litem* est admis? Ce sont, nous dit Marcien, toutes les actions *in rem* ou *bonæ fidei* et l'action *ad exhibendum* (L. 5 pr., *De in lit. jur.*). Ajoutons à cette liste toutes les actions personnelles arbitraires (L. 18 pr., *De dol. mal.*, IV, 3).

(1) L'infamie ne doit point être confondue avec la *nota censoria*. Ainsi les censeurs excluent un homme du sénat. Les censeurs suivants pourront l'y faire rentrer, et il reste éligible à toutes les magistratures. La *nota censoria* n'est donc jamais définitive (Cic., *Pro Cluent.*, 42 et 43).

(2) J'ai déjà analysé le second de ces textes (T. II, p. 1315, note 1). Le premier se rapporte à un legs *per vindicationem*, et suppose que le légataire a obtenu, au lieu d'une restitution en nature, une condamnation dont il a lui-même fixé le chiffre. S'il y a lieu, dit Javolénus, d'appliquer la loi Falcidia, on ne s'attachera qu'à la véritable valeur de la chose, on négligera la quantité dont la condamnation a été augmentée à titre de peine.

Quant aux actions *stricti juris*, elles ne comportent de *juramentum in litem* qu'autant que la chose due a péri par le fait ou après la mise en demeure du débiteur (L. 5 § 4, *De in lit. jur.*), et dans ce cas, il est autorisé indépendamment de tout dol. Partout ailleurs au contraire, il suppose que le défendeur refuse de satisfaire, ou a volontairement rendu la satisfaction impossible. Il punit donc exclusivement les faits de désobéissance au juge ou le dol, mais non la simple faute (L. 2 ; L. 4 § 4 ; L. 5 § 3, *De in lit. jur.*). Au surplus dans les actions *in rem* et *ad exhibendum*, il constitue pour le demandeur un droit absolu, un droit que le juge ne peut ni lui ôter ni restreindre par une *taxatio* (n[os] 808 et 826), tandis que dans les autres cas le juge a toute liberté d'apprécier lui-même le *quod interest*, d'enchaîner le demandeur par une *taxatio* déterminée à l'avance, et même de réduire après coup son estimation (L. 4 §§ 2 et 3 ; L. 5 §§ 2 et 3, *De in lit. jur.* (1).

978. Passons au moyen préventif établi contre l'esprit de chicane. De part et d'autre, il consiste dans le *jusjurandum de calumnia*, c'est-à-dire en un serment par lequel le plaideur jure qu'il agit ou défend de bonne foi. Ce serment n'est jamais dû qu'autant que l'adversaire le requiert, et il est prêté *in jure*. Du demandeur il peut être exigé en toute espèce d'actions, du défendeur seulement dans celles qui ne dépassent le simple ni par leur nature ni par l'effet de l'*infitiatio*. Jamais il ne se cumule ni avec la *sponsio* et la *restipulatio*, ni avec le *judicium calumniæ* ou le *contrarium judicium* (Gaius, IV, §§ 172, 176, 179, 181). Il affranchit donc le demandeur de toute peine, mais il laisse le défendeur exposé, s'il y a lieu, à l'infamie et au *juramentum in litem*. Du reste il n'est pas nécessairement réciproque, il peut n'être exigé que par l'une des parties. Mais que décider si par hasard il vient à être refusé? Les textes ne nous le disent pas. Très probablement le refus du demandeur entraîne déchéance de l'action, et celui du défendeur équivaut à une *confessio in jure*. Telles sont les décisions que nous trouvons admises par Justinien (L. 2 §§ 6 et 7, C., *De jur.*, II, 59), et il n'y a pas de raison pour les croire nouvelles.

979. Terminons par un coup d'œil sur la législation de Justinien. La procédure formulaire avait emporté dans sa chute la *sponsio* et la *restipulatio*. Justinien atteste que le *judicium calumniæ* était tombé

(1) D'après la loi 4 § 3, le juge pourrait même écarter absolument les résultats du *juramentum in litem* et absoudre le défendeur, mais cela pour des causes très graves, par exemple à raison de preuves découvertes depuis que le serment a été déféré.

en désuétude, et lui-même le supprime expressément (§ 1 *sup.* — L. 2 § 8, C., *De jur.*, II, 59). Quant au *contrarium judicium*, la compilation de ce prince ne le mentionne pas même, ce qui prouve que la pratique l'avait également écarté. Que reste-t-il donc des peines établies par le droit ancien? seulement celles qui n'atteignent que le défendeur, et comme elles sont restreintes à des cas déterminés, elles ne forment pas un système général de répression.

Dans le dernier état du droit, deux moyens généraux sont organisés contre l'esprit de chicane, savoir le *jusjurandum de calumnia* et l'obligation pour la partie perdante de payer les frais du procès (§ 1 *sup.*).

Sur le *jusjurandum de calumnia*, le droit de Justinien n'est pas la reproduction pure et simple du droit classique. Et d'abord ce serment devient d'ordre public, c'est-à-dire que le juge est tenu de l'exiger des deux parties nonobstant toute convention contraire, et pour que cette règle ne soit jamais éludée, Justinien impose le même devoir aux arbitres nommés en vertu d'un compromis. La prestation du serment se fait en présence du livre des Évangiles, et aussitôt après la *litis contestatio*. J'ai déjà dit ce qui arrive lorsqu'il est refusé (L. 2 pr., §§ 4, 6 et 7, C., *De jur.*, II, 59) (1). Justinien ne se contente pas du serment des parties. Leurs avocats eux-mêmes doivent jurer que la cause leur paraît bonne, et qu'ils l'abandonneront si leur appréciation vient à changer. L'avocat qui pour obéir à cet engagement se retire dans le cours du débat ne peut être remplacé par aucun autre (L. 2 pr., C., *De jur.* — L. 14 § 1, C., *De jud.*, III, 1). Quelques années après la promulgation du Code, Justinien trouva sans doute que ces précautions ne suffisaient pas : il exigea de chaque partie qu'elle jurât n'avoir rien donné et rien promis au juge (nov. 124, cap. 1) (2).

(1) Supposons que l'une des parties intéressées ne plaide pas par elle-même. Qui est-ce qui doit prêter le serment *de calumnia?* Si le réprésentant est un tuteur, un curateur ou un autre administrateur légal, c'est à lui que l'obligation est imposée. En dehors de ces cas, elle pèse sur le représenté lui-même. Si donc il est absent, un délai lui sera accordé pour comparaître, ou bien il prêtera serment devant le juge du lieu où il se trouve (L. 2 §§ 2, 3, 5, C., *De jur.*). Avec de telles dispositions, il devient difficile de comprendre que l'on plaide pour autrui comme simple gérant d'affaires. Cependant je ne puis croire que Justinien exige un mandat de la personne qui veut défendre un absent. Il est probable qu'en pareil cas le serment doit être prêté par le représentant.

(2) Si Justinien prend des précautions contre les plaideurs et leurs avocats, il en prend aussi contre les juges. Ceux-ci doivent, au début de toute affaire, jurer qu'ils jugeront selon leur conscience (L. 15 pr., C., *De jur.*). Justinien nous fait remarquer qu'en décidant ainsi il se conforme à l'ancien droit. Mais en cela il

980 *a*. J'ai dit que dans le dernier état du droit la partie perdante doit être condamnée aux frais faits par son adversaire, et ce n'est pas là, quoi qu'en dise Justinien, une véritable peine, mais une simple indemnité (L. 13 § 6, C., *De jud.*). Dans un sens étroit les frais du procès se confondent avec ceux qui ont pour cause directe les actes de procédure : ce sont donc les salaires des huissiers (*exsecutores litium*). Mais dans un sens plus large ce sont aussi les sommes que le gagnant n'aurait pas déboursées s'il n'eût point été obligé de plaider, ce sont, par exemple, des frais de déplacement. Voilà pourquoi les Institutes mettent distinctement à la charge du perdant et le *damnum litis* et les *impensæ litis* (§ 1 *sup. in fine*). Là-dessus nous devons nous demander si Justinien innove. Certainement dans le droit classique, où il n'y avait pas d'huissiers, les actes de procédure ne donnaient lieu par eux-mêmes à aucun frais. Les *impensæ litis* se réduisaient donc à ce que les Institutes appellent le *damnum litis*. La partie gagnante avait-elle droit au remboursement de ces *impensæ ?* S'il s'agit d'un procès porté devant les centumvirs ou engagé par voie de *cognitio extraordinaria*, l'affirmative peut être admise sans difficulté, et les textes la favorisent L. 78 § 2, *De leg.* 2°, XXXI.— L. 30, *De lib. leg.*, XXXIV, 3.— Paul, V, 37) (1). Mais, en nous plaçant dans la procédure formulaire, nous rencontrons une objection : si c'est le demandeur qui succombe, aucune condamnation ne peut être prononcée contre lui ; si c'est le défendeur, il peut bien être condamné, mais la formule n'autorise pas le juge à statuer sur les frais. Dira-t-on que les diverses peines établies contre le perdant doivent être considérées comme tenant lieu du remboursement des frais? Cette idée fût-elle exacte, et un texte prouve qu'elle ne l'est pas (L. 4, C., *De fruct. et lit. exp.*, VII, 51), je répondrais qu'en fait ces peines sont presque toujours écartées par le *jusjurandum de calumnia*. Deux textes me paraissent établir que le perdant, au moins lorsqu'il avait à se reprocher un dol ou une faute grave, supportait les frais faits par son adversaire (L. 79, *De jud.*, V, 1. — L. 2 § 1, *Si ventr. nom.*, XXV, 5). Comment donc lui étaient-ils demandés? Ce ne pouvait être que par une poursuite spéciale, soit par une action *in factum*, soit plutôt par voie de *cognitio extraordinaria*.

se trompe : un tel serment n'a pas de son temps la même raison d'être qu'à l'époque où le juge n'était nommé que pour une affaire spéciale.

(1) D'après ce dernier texte, la partie qui succombe en appel n'est pas simplement condamnée à rembourser les frais faits par son adversaire, elle en doit le quadruple.

Des explications qui précèdent il résulte que du jour où la procédure extraordinaire devint le droit commun, tout juge dut être compétent pour statuer sur les frais du procès qui lui était soumis, et c'est en effet ce que prouvent trois constitutions antérieures à Justinien (L L. 3, 4 et 5, C., *De fruct. et lit. exp.*, VII, 51). Deux de ces constitutions contiennent des dispositions remarquables : l'une porte que la décision relative aux frais doit être rendue en même temps que le jugement sur l'action principale ; l'autre, supposant que le juge a négligé de statuer sur les frais, les met à sa charge. Justinien conserva toutes ces règles et en introduisit deux nouvelles : le juge put, pour la liquidation des frais, déférer le serment à la partie gagnante ; il put aussi, mais à la condition de le déclarer expressément dans la sentence, laisser à la charge de chaque partie les frais faits par elle (Nov. 82, cap. 10).

FIN DU TOME SECOND ET DERNIER.

TABLE

DES

TEXTES DES INSTITUTES

RAPPORTÉS ET EXPLIQUÉS DANS LE TOME SECOND

TABLE ALPHABÉTIQUE

DES MATIÈRES[1]

Les chiffres romains renvoient au tome, les chiffres arabes aux numéros. Les parenthèses ( ) indiquent la seconde édition du tome I ou la première édition du tome II; les crochets [ ] la première édition du tome I. L'astérisque indique une matière traitée avec quelque étendue. — p. signifie page; n. signifie note.

A

(1) Cette table a été préparée par les soins de M. H. Monnier, chargé de cours à la Faculté de droit de Montpellier.

B

G

H

M

N

TABLE

DES

TEXTES LITTÉRAIRES

CITÉS OU EXPLIQUÉS DANS LE TOME SECOND (1)

(1) Les renvois aux pages se rapportent tous à la dernière édition. Les renvois aux numéros se rapportent aux trois éditions. Sont réputés comprises dans un numéro toutes les notes qui s'y réfèrent, ainsi que la rubrique et les textes des Institutes qui le précèdent immédiatement.

VALÈRE MAXIME, *Facta dictaque memorabilia.*

VARRON, *De lingua latina.*

VARRON, *De re rustica.*

VELLEIUS PATERCULUS, *Histoire romaine.*

VIRGILE, *Eglogues*

ERRATA

Page 15, ligne 13, *au lieu de :* des, *lisez :* les.
— 23, note 2, ligne 5, *au lieu de :* héritier, *lisez :* héritiers.
— 49, ligne 10 de la colonne française, *au lieu de :* ces, *lisez :* ses.
— 59, ligne 7, *après* émancipés, remplacez le point par une virgule, et *au lieu de :* En, *lisez :* en.
— 64, ligne 2, *au lieu de :* 58, *lisez :* 56.
— 92, ligne 7, *au lieu de : possessor*, *lisez : possessio*.
— 100, ligne 27, *au lieu de :* 439, *lisez :* 467.
— 147, note 3, ligne 3, *au lieu de :* 15, *lisez :* 18.
— 152, note 1, ligne 12, *avant :* les agnats, *ajoutez :* tous.
— 166, note 1, ligne 2, *au lieu de :* L. 41, *lisez :* L. 42.
— 167, note 1, ligne 4, *au lieu de : De pec.*, xv, 1, *lisez : Dep.*, xvi, 3.
— 174, ligne 10, *au lieu de :* 95, *lisez :* 15.
— 187, ligne 16, *au lieu de :* nº 527, *lisez :* nº 530.
— 191, note 1, ligne 10, *au lieu de :* L. IV 17, *lisez :* L. 17. — *au lieu de :* ed, *lisez :* ed.
— 191, note 1, ligne 11, *au lieu de :* 130, *lisez :* 238.
— 209, ligne 9, *au lieu de :* σπονδα, *lisez :* σπονδαὶ.
— 221, ligne 30, *au lieu de :* XIX, 2, *lisez :* XIX, 1.
— 225, ligne 2, *au lieu de :* § 41, *De act.*, *lisez :* § 1, *De exc.*
— 231, ligne 5, *in fine*, *ajoutez :* (1).
— 272, note 3, ligne 11, *au lieu de :* L. 122, *lisez :* L. 124.
— 276, ligne 20, *au lieu de :* L. 14, *lisez :* L. 41.
— 280, ligne 19, *au lieu de :* trouva, *lisez :* trouve.
— 340, note 2, ligne 8, *au lieu de :* 3 à 4, *lisez :* 3 et 4.
— 363, note 1, ligne 3, *au lieu de : Antt. lisez : Att.*
— 372, note 1, ligne 14, *au lieu de :* dénépation, *lisez :* dénégation.
— 378, ligne 7, *au lieu de :* L. 25, *lisez :* L. 23.
— 380, ligne 19, *au lieu de : gestio*, *lisez : gestorum*.
— 531, note 3, ligne 2, *au lieu de :* addition, *lisez :* adition.
— 586, ligne 1, *au lieu de :* XIX, *lisez :* XXI.
— 599, ligne 19, *au lieu de :* 626, *lisez :* 629.

page 604, note 3, ligne 3, *au lieu de :* 673, *lisez :* 678.
— 609, note 3, ligne 11, *au lieu de : solution, lisez : solutio.*
— 661, note 1, ligne 7, *au lieu de :* L. 11, *lisez :* L. 14.
— 665, lignes 13 et 14 de la colonne latine, *au lieu de :* 'Αρεθσύση, *lisez :* 'Αρεθούση.
— 773, ligne 8, *au lieu de :* L. 9, *lisez :* L. 13.
— 794, note 1, ligne 10, *au lieu de : conditio, lisez : condictio.*
— 807, note 1, ligne 4, *au lieu de : mixtum, lisez : merum.*
— 812, note 1, ligne 4, *au lieu de :* IV, *lisez :* VI.
— 825, ligne 13, *au lieu de :* 15 et 5, *lisez :* 15 et s.
— 844, ligne 17, *au lieu de :* en tend, *lisez :* entend.
— 851, ligne 23, *au lieu de :* L. 21, *lisez :* L. 2.
— 852, ligne 28, *au lieu de :* 9, *lisez :* 11.
— 853, note 2, ligne 3, *au lieu de :* 75, *lisez :* 754.
— 864, note 1, ligne 6, *au lieu de :* L. 5, *lisez :* L. 4.
— 875, lignes 8 et 9, *au lieu de :* personnelles, *lisez :* contractuelles.
— 875, note 3, ligne 3, *au lieu de :* 10, *lisez :* 7.
— 913, ligne 25, *au lieu : de* appellent, *lisez :* appelant.
— 921, ligne 7, *au lieu : de* IV, *lisez :* II.
— 921, transportez l'appel de la note 4 à la ligne 17 après le mot biens.
— 927, note 1, ligne 5, *au lieu de :* L. §§ 4 et 5, *lisez :* L. 1 §§ 4 et 5.
— 928, ligne 16, *au lieu de :* 40, *lisez :* 41.
— 932, note 1, ligne 3, *au lieu : de* L. 6, *lisez :* L. 7.
— 952, ligne 26, *au lieu de :* L. 105, *lisez :* L. 107.
— 958, ligne 2, *au lieu : de* L. § 16, *lisez :* L. 1 § 16.
— 967, note 1, ligne 12, *au lieu de :* n° 11, *lisez :* n° 10.
— 1017, ligne 1 de la colonne latine, *lisez : pignoris jure pro mercedibus fundi.*
— 1052, ligne 26, *au lieu de :* L. 179, *lisez :* L. 79.
— 1064, ligne 4, *au lieu de :* causée, *lisez :* causé.
— 1076, note 1, ligne 11, *au lieu de : tuto, lisez : tutoris.*
— 1080, ligne 1, *au lieu de :* plus on moins, *lisez :* plus ou moins.
— 1083, lignes 9 et 10, *au lieu de :* soient, oblige, *lisez :* fussent, obligeât.
— 1093, note 1, ligne 2, *au lieu de :* L. 19, *lisez :* L. 9.
— 1133, ligne 23, *au lieu de :* §§ 24 et 25, *lisez :* § 24.
— 1160, ligne 12, *au lieu de :* condamnation, *lisez : litis contestatio.*
— 1285, note 1, ligne 10, *au lieu de :* la *præjudicium, lisez :* le *præjudicium.*
— 1342, ligne 7, *au lieu de : res, lisez : rei.*
— 1345, note 2, ligne 24, *au lieu de :* de, *lisez : de.*
— 1347, ligne 13, *au lieu de :* (1), *lisez :* (2).
— 1351, ligne 29, *au lieu de :* poursuivit, *lisez :* poursuit.
— 1354, ligne 4, *au lieu de : et, lisez :* et.

PARIS. — IMPRIMERIE ÉMILE MARTINET, RUE MIGNON.